

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES EFFETS

DE LA

MISSIO IN BONA REI SERVANDAE CAUSA

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 16 février 1911, à 4 heures 1/2

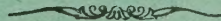
PAR

Paul RAMADIER

Licencié ès lettres, Avocat à la Cour d'appel

Président : M. GIRARD, professeur.

*Suffragants : { MM. ESMEIN, professeur.
AUDIBERT, professeur.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1911

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES EFFETS

DE LA

MISSIO IN BONA REI SERVANDAE CAUSA

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 16 février 1911, à 4 heures 1/2

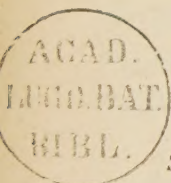
PAR

Paul RAMADIER

Licencié ès lettres, Avocat à la Cour d'appel

Président : M. GIRARD, professeur.

*Suffragants : { MM. ESMEIN, professeur.
AUDIBERT, professeur.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉFACE

La *bonorum venditio*, cette singulière institution du droit romain, qui, pour exécuter un jugement, transférait à un tiers le patrimoine du débiteur, a de bonne heure attiré l'attention des modernes. Sans doute, les premiers interprètes ne surent pas l'apercevoir sous les textes truqués du Digeste (1). Un paragraphe des Institutes ne tarda pas cependant à la révéler (2) et, lorsque la Paraphrase de Théophile eut fourni quelques indications précises (3), Cujas put retrouver parmi les débris des jurisconsultes classiques l'idée générale du système et en saisir quelques détails (4). Ses continuateurs immédiats prolongèrent sans

1. Voyez par exemple dans la glose le commentaire de Neratius, 1 *membranarum*, D., XXVII, 10, de *cur. fur.*, § 1. Ce texte donne aux créanciers le droit de choisir entre l'ancienne *bonorum venditio* et la *distractio bonorum* créée par un sénatusconsulte. Accurse interprète autrement les termes de la loi; les créanciers, d'après lui, pourraient, soit vendre directement les biens (*ipsi vendere*), soit demander au magistrat un *curator bonis vendendis*.

§ 9.

2. La glose sur les Institutes (III, 12, pr.) distingue assez exactement la *bonorum venditio* de la procédure en usage sous Justinien; mais elle n'entre dans aucun détail.

3. Théophile, III, 12, pr.

4. Cujas définit très nettement la *bonorum venditio*. Voyez *Opera omnia*, Neapoli, t. I, 1722, col. 190, sur *Inst.*, III, 12, pr., n° 1 : « *Bonorum emptor similis erat bonorum possessori : cum eo creditores experiuntur, l. nam postea, § sed et si quis, de jurejur. (D., XII, 2, de jurejur, 9, 5) vel certa*

grand succès son effort ; pendant trois siècles, on renouvela sur les mêmes textes les mêmes discussions et les mêmes erreurs, jusqu'au jour où de nouveaux documents permirent la découverte de vérités nouvelles. Ce fut d'abord le manuscrit de Vérone, dont un passage permit de certifier et de compléter le texte de Théophile (1). Quelques années plus tard, Keller, par sa minutieuse étude du *Pro Quinctio*, montra tout le profit que l'on pouvait tirer du commentaire des textes parfois très précis et toujours abondants de Cicéron (2). Ainsi les matériaux de l'œuvre se trouvaient réunis ; mais aucun jurisconsulte n'avait encore réussi à l'exécuter ; ce fut Dernburg qui s'en chargea : il prouva que la vente en masse du patrimoine n'était pas destinée à obtenir le paiement de toutes les créances ; c'était plutôt une mesure de contrainte réprimant une désobéissance aux ordres du magistrat ; son but était de met-

parte decidunt, l. imperator, de pact. (D., II, 14, de pactis, 60). Is qua forma constituatur, Theophilus (III, 12, pr.) refert ; cui et illud adjungi potest, quod Cicero scribit in hunc modum lib. 6 ad Attic. (VI, 1, 15) : « Alterum, quod sine edicto transigi commodum non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciundis, vendendis quæ ex edicto et postulari et fieri solent. »

1. Cette œuvre de complément et de rectification paraît avoir été entreprise par Stieber, *De honorum emptione*, Lipsiæ, 1827, dont l'ouvrage a paru peu de temps après la première édition de Gaius (*Gaii Institutionum Commentarii IV*, éd. Gœschen, Berlin, 1^{re} éd., 1820 ; 2^e éd., 1824). Nous n'avons malheureusement pu consulter cet ouvrage, qui semble contenir bien des idées intéressantes.

2. Keller, *Semestrium libri ad M. T. Ciceronem*, Turici, 1842, I, p. 39 ss. Le *Pro Quinctio* a d'ailleurs donné lieu à de très nombreux commentaires, dont la liste la plus récente se trouve dans la thèse de M. Fliniaux, *Le Vindimonium*, Paris, 1908, p. 86.

tre à la tête du patrimoine saisi un nouveau titulaire plus docile (1). Le principe était nettement posé; cependant il ne fut pas reconnu tout de suite par la majorité des romainistes; l'ouvrage de Dernburg, resté longtemps ignoré, n'a véritablement exercé d'influence que dans ces vingt dernières années (2). Depuis cette époque seulement on a écarté les conceptions anciennes pour admettre la théorie nouvelle. Il restait à en déduire les conséquences. Dernburg lui-même, dans une étude trop rapide, insiste sur certaines d'entre elles (3); mais jusqu'à ces derniers temps la plupart sont restées mal connues (4). Les études de M. Lenel sur l'édit perpétuel (5), en fixant les limites pré-

1. H. Dernburg, *Ueber die Emtio bonorum, ein rechtshistorischer Versuch*, Heidelberg, 1850. Les résultats généraux de l'ouvrage sont surtout exprimés dans les deux premiers paragraphes (p. 4 à 33), où l'auteur démontre que l'*emtio bonorum*, avant d'être une procédure d'exécution, est une procédure par défaut.

2. La théorie de Dernburg a été combattue par Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo judiciorum*, Marburg, 1890, p. 4 et s.

3. Dernburg a surtout étudié les conditions (p. 34 à 104) et les effets (p. 125 à 153) de la *bonorum emtio*; il n'a traité qu'assez brièvement des effets immédiats de la *missio in bona* (p. 105 à 124).

4. Signalons cependant les études de Bethmann-Hollweg, *Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bonn, 1864-1874, t. II, p. 672 s. et de Keller, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, 6^e éd. revue par Wach, Leipzig, 1883, p. 390 s., p. 434-346, ainsi que d'intéressantes remarques de Dernburg (*Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig, 1864, t. I, p. 401 à 414) sur le *pignus prætorium*, déjà étudié par Bachofen (*Das römische Pfandrecht*, Basel, 1847, t. I, p. 425 et s.).

5. Lenel, *Das Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 1^{re} éd., Leipzig, 1883, p. 340 ss.; 2^e éd. 1907, p. 397 ss.

cises de nos connaissances, ont montré la possibilité de les étendre et décidé de nouveaux auteurs à reprendre certaines controverses délicates (1).

Malgré tant de travaux, bien des points restent encore obscurs. On a longuement insisté sur les cas où un créancier peut obtenir l'autorisation de posséder et de vendre les biens de son débiteur, sur la procédure et les effets de cette vente. On a au contraire quelque peu négligé la possession et l'administration provisoire des biens saisis. C'est pourquoi il nous a paru intéressant de réunir les documents relatifs à cette question et d'en tirer quelques conclusions.

La *missio in bona* et les mesures immédiates qu'elle entraîne se sont d'ailleurs introduites dans des situations qui ne comportent pas de vente en bloc : sous la forme de la *distractio bonorum*, elles survivent au droit classique. Malgré son amour des réformes, Justinien les maintient encore et l'on peut en découvrir les restes jusque dans notre Code de commerce. Après avoir étudié la possession des biens (2)

1. Voyez Hellmann, *Ueber missio in possessionem, Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn... Planck*, Munich, 1887, p. 229-271 ; H. Degenkolb, *Magister und Kurator im altrömischem Konkurs*, Leipzig, 1897, réimprimé sans modifications dans un volume du même auteur, *Beiträge zum Zivilprozess*, Leipzig, 1905, p. 160 à 192 ; Armuzzi, *Il magister ed il curator della bonorum venditio*, Archivio giuridico, t. 72, 1904, p. 481 s. ; Solazzi, *Un caso di distractio bonorum*, Bullettino del Ist. di dir. rom., 1904, p. 89 s. ; Solazzi, *L'editto « de fructu prædiorum vendendo locandove »*, Studi di diritto romano... pubblicati in onore di V. Scialoja, t. I, Milan, 1905, p. 663 ; Arangio Ruiz, *Sul fr. 5 D. « de curatore bonis dando »* [42.7], Studi in onore di Carlo Fadda, t. I, p. 311-324.

2. Nous disons intentionnellement « possession des biens » afin d'éviter toute confusion avec la possession accordée au successeur prétorien, à laquelle la

dans la vente en bloc, il est intéressant de rechercher les modifications que le système a subies en s'adaptant aux nouvelles conditions de l'exécution. Aussi avons-nous divisé notre travail en deux parties, dont l'une porte sur la possession des biens dans la *bonorum venditio*, tandis que la seconde se réfère à la possession des biens dans la *distractio bonorum*.

Et maintenant il ne nous reste plus qu'à remercier nos maîtres de la Faculté de Droit et en particulier M. le professeur Paul-Frédéric Girard qui a bien voulu s'intéresser à notre travail et nous guider par ses conseils.

pratique moderne a réservé le nom de *bonorum possessio*. Cependant les textes anciens qualifient aussi la possession, résultat d'une *missio in bona rei servandæ causa*, de *bonorum possessio*. Voyez Pap., 9 *quæst.*, D., XV, 1, de *peculio*, 50, pr. ; Ulp., 12 *ad ed.*, D., IV, 6, *ex quibus causis majores*, 23, 4 ; Ulp., 10 *ad ed.*, D., XXII, 1, de *usuris*, 37 ; Paul, 1 *ad ed.*, D., II, 4, de *in jus voc*, 19 ; Ulp., 73 *ad ed.*, D., XLII, 8, *quæ in fraudem*, 10, 16.

PREMIÈRE PARTIE

LES EFFETS DE LA « MISSIO IN BONA REI SERVANDAE CAUSA » DANS LA PROCÉDURE DE LA « BONORUM VENDITIO »

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Caractères généraux de la « missio in bona »

La *missio in bona rei servandae causa* est une décision du magistrat autorisant un créancier à s'installer dans le patrimoine de son débiteur. D'une application très fréquente, cette institution se retrouve dans les hypothèses les plus diverses ; en faire une étude complète serait une œuvre trop considérable. Cependant l'examen rapide des cas prévus par l'édit perpétuel est nécessaire (1). On peut les grouper en trois séries, les rattacher à trois idées fondamentales : tantôt en effet la *missio in bona* assure la comparution du défendeur *in jure*, tantôt elle punit le refus de défendre en justice ; tantôt enfin elle contraint le *judicatus* à payer le montant de sa condamnation.

1. Voyez Lenel, *Ed. Perp.* 2, p. 71 s. ; p. 362 ss.

Les cas les plus anciens semblent être celui où un débiteur recherché par son créancier se cache pour se soustraire à l'*in jus vocatio* et celui où, atteint par la citation, il fournit un *vindex*, mais au jour dit ne comparait, ni ne se fait représenter. Puis on arriva à faire de la *missio in bona* une sanction générale de l'obligation de comparaître *in jure*. Enfin on la fit intervenir dans des hypothèses où toute comparution en justice était impossible, soit parce que le débiteur était mort ne laissant aucun héritier connu, soit parce qu'il était exilé ou frappé d'une condamnation capitale.

A côté de ces dispositions de l'édit, on en trouve d'autres promettant la *missio* au cas où une personne ne veut pas défendre *uti oportet*. Par application de cette idée, si l'héritier suspect se dérobe à la *satisfactio judicatum solvi*, le créancier pourra obtenir la permission de s'installer sur ses biens.

C'est encore pour contraindre le défendeur condamné à s'exécuter, que l'édit perpétuel autorise la *missio in bona judicati*, *missio* d'ailleurs étendue à quelques cas voisins.

Ainsi, à la base de toutes ces applications particulières, nous retrouvons une intention unique : dans toutes les hypothèses, où il est employé, l'envoi en possession est la sanction d'une désobéissance à un ordre du magistrat. Son édit impose au défendeur de comparaître en justice par lui-même ou par un représentant ; une décision spéciale l'oblige avant de commencer le procès à fournir une *satisfactio* ; une condamnation que le juge a prononcée en vertu d'un pouvoir délégué par le magistrat lui a prescrit de payer une somme d'argent au demandeur.

Il refuse. Le préteur ne peut sanctionner par des moyens civils ces obligations qu'il a lui-même créées ou ne le veut pas quand son ordre est donné en exécution de la loi ; il ne peut pas davantage faire directement exécuter sa décision : il recourt alors à une contrainte indirecte (1) ; il permet au créancier d'occuper non pas seulement un bien isolé, mais tout le patrimoine de son débiteur. Ainsi, après avoir fixé les limites de l'application du système, l'idée de contrainte préside à son organisation.

De même, les règles qui déterminent le magistrat compétent pour envoyer en possession mettent en évidence le but recherché. Ce n'est pas le juge de la situation des biens qui peut en ordonner l'occupation. Un texte cependant tendrait à le faire croire ; c'est un fragment d'Ulpien qui indique les formes de la désignation du curateur nommé à la suite d'une *missio in bona*. L'assemblée des créanciers donne son avis, mais le pouvoir de décider appartient au préteur à Rome, au *præses provinciæ*, « *si bona distrahenda in provincia sunt* » (2). On ne peut en conclure que la compétence *ratione loci* revient au *forum rei sitæ* ; car cette formule est le produit d'une interpo-

1. Les auteurs sont unanimes à reconnaître que la *missio in bona* est une mesure de contrainte plutôt qu'une mesure d'exécution. Voyez par exemple Bachofen, *Pfandrecht*, 1847, p. 296 et 298 ; Dernburg, *Pfandrecht*, t. I, 1860, p. 412.

2. Ulp., 65 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. bonis dando*, 2, pr. — On pourrait en rapprocher l'expression qui termine Gaius, 9 *ad ed. prov.*, D., XXVII, 10, *de cur. fur.*, 5 : « *Curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a prætore vel in provinciis a præside.* » Mais ce texte est étranger à la *bonorum venditio* et à la question de compétence.

lation (1). On a cru, à vrai dire, pouvoir invoquer un autre texte (2) ; mais il ne se rapporte pas à la question qui nous occupe : il détermine seulement les biens qui peuvent être possédés (3). On ne saurait non plus tirer un argument d'analogie (4) des règles de compétence fixées pour la *bonorum possessio* successorale par des rescrits impériaux (5). Il s'agit là d'une matière différente, régie par un principe peut-être assez récent. L'état du droit classique sur le point qui nous intéresse est exprimé par Gaius en ces termes (6) :

Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est (ubi domicilium habet) (7), aut ubi quisque contraxe-

1. Voyez *infra*, ch. II, sect. 2.

2. Paul, 59 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud. poss.*, 12, 1. Cf. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. II, p. 118, n. 24.

3. Voyez *infra*, p. 19.

4. C'est cependant ce que semble faire Heffter, *System des römischen und deutschen Civilprozesses*, 2^e éd., Bonn, 1843, p. 185.

5. Le texte le plus clair est un rescrit de Valérien et Gallien (260), C., III, 20, *ubi de her. agatur*, 1 : « *Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est.* »

6. Gaius, 23 *ad ed. prov.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud. poss.*, 1 et 3 — Cf. Ulp., 61 *ad ed.*, D., L, 1, *ad municipalem*, 30.

7. Le Digeste intercale entre les deux fragments de Gaius trois mots de Paul, 54 *ad ed.*, D., *eod.*, 2. Ces trois mots doivent être empruntés à un développement analogue à celui de Gaius. Mais si Gaius traite bien de la rubrique *de bonis possidendis proscribendis vendendis* aux livres 23 et 24 de son commentaire sur l'édit provincial, Paul n'en parle que dans ses livres 58 et 59. Cujas (*in lib. LIV Pauli*, éd. Naples, t. V, col. 750), pour expliquer cette bizarrerie, a supposé que la digression de Paul se greffait au livre 54 sur l'exposé de l'opinion de Q. Mucius Scævola sur les *genera possessionum* (D., XLI, 2, *de acq. vel amitt. pos.*, 3, 23). Nous préférons la conjecture de M. Lenel (*Ed. Perp.* ², p. 407, n. 2 ; *Palíngenesia*

rit. Contractum autem non utique eoloco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

Ainsi le tribunal compétent pour la vente des biens est celui du domicile du débiteur saisi, ou celui du paiement de la créance qui a donné lieu à la vente. La règle prescrite pour la vente s'applique évidemment à l'envoi en possession qui l'a précédée. Pour en comprendre le sens, il faut se rapporter à l'idée fondamentale du système. La *missio in bona*, sanction d'une désobéissance, ne peut émaner que du magistrat à qui l'on a désobéi. Mais cet ordre lui-même intervient à propos d'une réclamation d'un créancier ; le tribunal compétent au sujet de cette réclamation pourra seul envoyer en possession. Le principe posé par Gaius n'est donc que la fidèle reproduction des règles qui déterminent le juge du procès principal.

Cependant tous les magistrats n'ont pas des pouvoirs suffisants pour prendre pareille mesure. Destinée à régler des rapports entre particuliers, la *missio in bona* ne peut tout d'abord être ordonnée que par des magistrats investis de la *jurisdictio* (1). Ceux qui ont des attributions purement politiques ou financières, comme les consuls, les censeurs ou les tribuns, doivent employer d'autres procédés de coercition. Mais, même parmi ceux dont la fonc-

juris civilis, 1889, n° 711 de Paul) d'après laquelle une erreur de copiste aurait modifié le chiffre du livre ; il faudrait lire LVIII au lieu de LIII. Cette altération est tout à fait vraisemblable, tandis que la digression, même localisée ainsi que le veut Cujas, serait vraiment trop déplacée dans la théorie générale de la possession exposée au livre 54.

1. Ulp., 1 *reg.*, D., II, 1, de *jurisdictione*, 1 : « *Jus dicentis officium latissimum est : nam et honorum possessionem dare potest et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare.* »

tion est de dire le droit, il en est un grand nombre qui ne peuvent envoyer en possession. C'est en effet l'un des pouvoirs que les jurisconsultes font rentrer dans l'*imperium mixtum* des magistrats supérieurs (1). Par conséquent, il n'appartient qu'au préteur à Rome, au gouverneur en province. Des textes précis nous disent que les magistrats municipaux en sont dépourvus (2) et, bien que nous manquions de renseignements particuliers au sujet des édiles, les principes généraux suffisent à les en priver (3).

Ainsi réservé aux magistrats supérieurs, l'envoi en possession n'a d'autres limites que celles de l'*imperium*. Pendant toute la durée de sa fonction, le préteur peut l'ordonner, sans se soucier du moment où il l'ordonne. Le sénatusconsulte de Marc-Aurèle le range en effet parmi les actes de la *jurisdictio voluntaria* soustraits au *rerum*

1. Ulp., 1 ad ed., D., eod., 4 : « *Jubere caveri prætoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam jurisdictionis.* » Voyez aussi Ulp., 2 de off. quæst., D., eod., 3. Cf. Mommsen, *Droit public*, t. I, p. 214.

2. Paul, 1 ad ed., D., L, 1, ad mun., 26, 1 : « *Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandæ causa jubere possideri aut dotis servandæ causa vel legatorum servandorum causa.* » Cf. L. Rubria, c. 22. — Lorsqu'une affaire exigeant une *missio* était soumise à un magistrat municipal, il y avait lieu à renvoi devant le préteur. Cf. Mommsen, *Droit public*, t. VI², p. 467 ; Giffard, *Confessio in jure*, Thèse, Paris, 1900, p. 131 et 132 ; Liebenam, in Pauly-Wissowa, *Realencyclopædie*, v^o *Duoviri*. — Dans certains cas cependant le préteur déléguaît au magistrat municipal son pouvoir de *mittere in possessionem*. Voyez Macer, 1 de off. praes., D., I, 21, de off. ejus cui mandata est jurisdictio, 4, 1 ; Ulp., 1 ad ed., D., XXXIX, 2, de dam. inf., 4. Cf. Pernice, *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrecht*, Z. S. S., 1884, p. 35.

3. Cf. P.-F. Girard, *Organisation judiciaire*, I, Paris, 1901, p. 228, n. 1.

actus (1). A l'époque républicaine, on peut supposer qu'il pouvait être prescrit même les jours néfastes. Car si l'exercice de la juridiction était suspendu ces jours-là, le magistrat conservait son pouvoir arbitraire et pouvait en user (2).

Mais si, tant que dure l'*imperium*, un nouvel envoi en possession est possible, son effet doit logiquement disparaître avec les pouvoirs du préteur qui l'a autorisé. Les textes cependant nous donnent la preuve indiscutable du contraire. L'édit lui-même prévoit des hypothèses où la possession ne sera close qu'à une date éloignée ou incertaine ; lorsqu'un impubère ou un *absens rei publicæ causa* fera défaut *in jure*, ses créanciers pourront occuper ses biens jusqu'à sa puberté ou à son retour (3). L'exemple le plus instructif à cet égard est sans aucun doute celui de P. Quinctius, pour qui Cicéron a plaidé. Son créancier, Sex. Nævius, s'est fait envoyer en possession par le préteur Burrienus, le cinquième jour avant les kalendes intercalaires (20 février 83) (4). Dix-huit mois plus tard, le même créancier invoque cette *missio* devant le préteur Dolabella et Quinctius ne songe même pas à lui opposer

1. Ulpian, 5 *ad ed.*, D., II, 12, *de feriis*, 2. Cf. Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 227.

2. Voyez en notre sens Courtois, *La Bonorum Venditio*, thèse, Caen, 1894, p. 129. Cet auteur cite deux textes (Ulp., 49 *ad ed.*, D., XXVIII, 95, *quis ordo in possessionibus servatur*, 2, 1 ; Ulp., 2 *de off. proconsulis*, D., L, 17, *dediv. reg. juris*, 71) qui ne sont pas probants.

3. Cf. Lenel, *Ed. Perp.*, 2, p. 400.

4. Cic., *Pro Quinctio*, VI, 25 : « *Postulat a Burrieno prætore Nævius, ut ex edicto bona possidere liceat.* » — XXV, 79 : « *Bona postulas, ut ex edicto possidere liceat. Quo die ?... Ante diem V kalend. intercalares.* »

le changement de magistrat qui s'est produit dans l'intervalle (1). C'est que les préteurs, poursuivant la même œuvre par des moyens identiques, reproduisant chaque année le même édit, s'engagent par là à respecter les actes de leurs prédécesseurs : la *missio in bona* accordée en vertu de l'*imperium* de Burrienus maintient ses effets en vertu de l'*imperium* de Dolabella. C'est pourquoi l'édit qui promet une action contre quiconque trouble par dol la possession du créancier autorisé a soin de préciser(2):

Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo ejusve cujus ea jurisdictio fuit (3) *in possessionem bonorum sit...*

L'envoi en possession peut émaner du magistrat en

1. Cic., *Pro Quinctio*, VIII, 30 : « *Iste homo... annum et sex menses nihil petit :... a Cn. Dolabella denique prætore postulat, ut sibi Quinctius judicatum solvi satis det, ex formula : Quod ab eo petat, quojus ex edicto prætoris bona dies XXX possessa sint. Non recusabat Quinctius quin ita satisfacere juberet, si bona possessa essent ex edicto.* » Quinctius prétendant que les biens n'ont pas été possédés, Dolabella prescrit une *sponsio* qui fait directement allusion à l'édit du préteur Burrienus : « *Si bona sua ex edicto P. Burrieni prætoris dies XXX possessa non essent.* »

2. Ulp., 72 ad ed., D., XLIII, 4, ne vis fiat, 1, pr.

3. M. Lenel, *Ed. Perp.*², p. 408, n. 11, propose d'ajouter au texte d'Ulpien, après *cujus ea jurisdictio fuit*, les mots *quæ mea est*. Cf. dans le même sens Ubbelohde, in Glück's *Ausführliche Erläuterungen*, série des livres 43 et 44, t. 3, Erlangen, 1891, p. 192, n. 2^a et Girard, *Textes de droit romain*, 3^e éd., 1903, p. 149, n. 4. — Il invoque à l'appui de sa conjecture la rédaction analogue de l'édit sur le *damnum infectum* (p. 359, n. 17), où les mots *quæ mea est* sont attestés par Ulpien, 53 ad ed., D., XXXIX, 2, de damno infecto, 7, pr. et par Valerius Probus, *Fragments d'Einsiedeln*, n° 74. Cet argument ne nous paraît pas très probant ; l'addition faite par M. Lenel n'est imposée par aucune nécessité de sens et elle suppose assez arbitrairement une altération du texte du Digeste.

fonctions ; il peut émaner de l'un de ses prédécesseurs. Dans tous les cas, l'action sera accordée. Ainsi, par un détour, a pu se perpétuer l'effet d'une décision émanée d'un pouvoir éphémère.

Mais *l'imperium*, borné dans le temps, est aussi limité dans l'espace : au delà des frontières de l'Italie, les ordres du préteur peuvent être impunément violés (1). Aussi le *missus in bona* ne peut-il posséder que les biens situés dans le ressort du magistrat qui l'a autorisé. Cette règle, que les principes généraux suffisent à révéler, se retrouve dans un texte (2) où Paul déclare :

Is, qui possidere jubetur, eo loco jussus videtur, cujus cura ad jubentem pertinet.

Cependant le *Pro Quinctio* semble la nier. Sex. Nævius, après avoir obtenu un ordre d'envoi contre P. Quinctius, prétendit le déposséder d'un bien situé en Gaule et qui était la propriété indivise des deux adversaires. Il usa de procédés illicites qui entraînèrent l'intervention du gouverneur de la province, C. Flaccus (3). Mais, si la violence

1. Paul, 1 ad ed., D., II, 1, de jurisdictione, 20 : « *Extra territorium jus dicenti impune non paretur.* »

2. Paul, 59 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud. poss., 12, 1. Voyez sur l'interprétation du mot *cura*, Cujas, t. V, col. 773.

3. Cic., *Pro Quinctio*, VI, 28 : « *Hæc dum Romæ geruntur, Quinctius interea contra jus, consuetudinem, edicta prætorum de saltu agroque communi a servis communibus vi detruditur... Expulsus atque ejectus e prædio Quinctius accepta insigni injuria confugit ad C. Flaccum imperatorem, qui tunc erat in provincia... Is eam rem quam vehementer vindicandam putavit ex decretis ejus poteritis cognoscere.* » Quels sont ces décrets dont parle Cicéron ? Plusieurs opinions ont été émises. Nous écartons tout d'abord celles qui en font soit une action *injuriarum* en argumentant des mots *accepta*

de son attitude fut blâmée, jamais on ne trouva insuffisant le titre qu'il présentait. Cicéron, dans son plaidoyer, releva minutieusement tous les vices de la procédure suivie par Nævius ; nulle part, il ne lui reprocha d'avoir exécuté hors d'Italie une décision du préteur.

Entre le principe certain et l'exemple contraire qu'offre le *Pro Quinctio*, une conciliation a été tentée. Un auteur (1) a prétendu que Sex. Nævius avait obtenu de C. Flaccus un *exequatur* de l'ordre du préteur ; il aurait pu ainsi l'appliquer en province. Cette conjecture ingénieuse est malheureusement démentie par les circonstances de l'affaire. Burrienus rendit son *jussum* le 20 février ; c'est le 23 que P. Quinctius est expulsé de son domaine gaulois. Cicéron insiste sur cette circonstance pour montrer que la *missio in bona* n'était que l'excuse d'un complot déjà machiné : « *Biduo post aut, ut statim de jure aliquis cucurrerit, non toto triduo DCC milia passuum conficiuntur. O rem incredibilem ! O cupiditatem inconsideratam* (2) ! » Si un messenger n'eut pas le temps en trois jours de parcourir les sept cent mille pas qui séparent Rome de la pro-

insigni injuria (Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, 1901, p. 536), soit une action *communi dividundo*, sans qu'aucune raison soit invoquée (Roby, *Roman private law*, 1902, p. 484), soit un interdit *unde vi*, auquel les mots *vi ejectus* paraîtraient faire allusion (Greenidge et Roby, *loc. cit.*). Nous serions portés à croire que C. Flaccus s'est servi de son pouvoir de coercition, bien que l'usage de ce pouvoir soit extrêmement rare en procédure civile (Girard, *Manuel* 4, p. 1044, n. 2). Le texte est en tous cas trop énigmatique pour que l'on puisse arriver à une solution certaine.

1. Fuchs, *Das Concursverfahren*, p. 9 et s.

2. Cic., *Pro Quinctio*, XXV, 79 et 80.

priété gauloise de Quinctius, à plus forte raison il fut impossible à Nævius de se présenter devant le propréteur et d'obtenir un *exequatur*.

Aussi préférons-nous à cette conjecture l'explication qu'a proposée Ubbelohde (1). L'*imperium* d'un magistrat s'étend en principe à tout le territoire romain. Il est limité seulement en fait par l'*imperium* des autres magistrats (2). Mais les pouvoirs des propréteurs, comme ceux des préteurs provinciaux, sont inférieurs à la *potestas* du préteur urbain (3). L'ordre que celui-ci a donné est donc valable dans toute l'étendue de *l'orbis romanus*. C'est pourquoi Nævius peut légitimement entrer en possession du domaine gaulois de Quinctius. Mais cet état de choses que nous constatons encore à la fin de la République, ne tarda pas à se modifier. Le préteur urbain perdit son pouvoir suprême ; sa juridiction se limita à l'Italie et se soumit à la règle autrefois spéciale aux décisions des gouverneurs de province : l'envoi en possession ne produisit plus ses effets au delà des Alpes.

Mais si ces principes de compétence sont assez stricts, si la *missio in bona* ne peut pas être prononcée par tous les magistrats, ni s'exécuter dans tout l'empire romain,

1. Ubbelohde, *Erbrechtliche Kompetenzfragen*, Archiv. für die civ. Praxis, 1878, p. 5, n. 6. — Cf. Bethmann-Hollweg, *C. P.*, t. II, p. 116, n. 11.

2. Mommsen, *Droit Public*, t. I, p. 83 ; Lange, *Röm. Alterthümer*, 3^e éd., t. I, 1876, p. 782.

3. Festus, v^o *Majorem*, éd. Mueller, p. 161 : « *Majorem consulem L. Cæsar putat dīci vel eum penes quem fasces sint vel eum qui prior factus est. Præto-
torem autem majorem, Urbanum ; minores, ceteros.* » Cf. Paul Diacre, éd. Mueller, p. 160.

elle a pu néanmoins exister à une époque assez ancienne. Alors que le préteur n'avait que des pouvoirs extrêmement limités, elle était déjà possible. Les XII Tables ou les lois postérieures avaient déterminé avec la plus grande précision les formalités de la *legis actio* et le droit de les accomplir : contre la loi, l'*imperium* ne pouvait rien. Mais, à condition de respecter scrupuleusement ces règles légales, le magistrat était libre (1), ses ordres étaient valables et ses pouvoirs de coercition lui procuraient les moyens de les faire respecter. Certes, il usa toujours avec modération de son droit d'infliger des amendes ou de prendre des gages : il préfère à l'époque classique délivrer des actions. Cependant, avant la loi *Æbutia*, cette voie lui était fermée et, s'il avait donné des ordres que la loi ne lui prescrivait pas de donner, force lui était bien, pour obtenir l'obéissance, de recourir à ses pouvoirs généraux de coercition.

C'est en partant de ces données fondamentales que l'on a présumé l'existence de la *missio in bona* à l'époque des *legis actiones* (2). L'envoi en possession n'est pas en effet nécessairement solidaire de la *bonorum venditio*, à laquelle il aboutit normalement à l'époque classique et qui a certainement été créée après la loi *Æbutia* (3). On peut fort

1. Cette question est traitée dans des sens très divers par un très grand nombre d'auteurs récents. Mais les divergences de vues qui se sont produites sont sans intérêt pour notre sujet, puisque la possibilité de l'envoi en possession à l'époque des *legis actiones* n'a été contestée par personne.

2. Voyez P.-F. Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 204 ; *Manuel* ⁴, p. 989 ; *Z. S. S.*, 1908, p. 150, n. 2.

3. Gaius, IV, 35 : « *Quæ species actionis appellatur Rutiliana, quia a præ-tore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata*

bien concevoir que le préteur ait permis à un créancier d'occuper le patrimoine de son débiteur pour le contraindre à l'obéissance. Il y a même à l'appui de cette conjecture, non pas un argument décisif, mais certaines raisons

est». — Certains auteurs, autrefois très nombreux, ne se sont pas laissé arrêter par ce texte (Rein, *Privatrecht*, 1858, p. 937, n. 2 ; Dernburg, *Ueber die Emtio bonorum*, p. 4 à 12 ; Bekker, *Processualische Consumtion*, 1853, p. 320 ; Savigny, *Ueber das römische Schuldrecht*, 1834, p. 29 à 31). Ils ont admis l'existence de la *bonorum venditio*, non seulement avant la loi Æbutia, mais dès l'époque la plus ancienne ; ils se fondent sur quelques textes d'historiens (Liv., II, 14 ; II, 23) qui parlent en effet de vente du patrimoine, mais que l'on rapporte aujourd'hui à la *bonorum sectio* (Leonhard, in Pauly-Wissowa, v° *Bonorum sectio*). Giraud (*Les Nexi*, 1847, p. 142) a réagi contre cette tendance et a démontré que la *bonorum venditio* ne pouvait remonter aussi haut ; mais il fait erreur en attribuant sa création à la loi Pœtelia Papiria. Il invoque un fragment de Tite-Live (VIII, 28), selon lequel la loi Pœtelia Papiria aurait décidé : « *bona delitoris, non corpus obnoxium esset* », substituant par là à « l'exécution civile, directe et pénale..., une exécution reipersécutoire, émanant de l'*imperium* du préteur, sur la personne et sur les biens » (Giraud, *loc. cit.*). Ce fragment de Tite-Live est-il la reproduction exacte de la loi ? De bons auteurs l'ont admis (Giraud, *Les Nexi*, p. 114 ; Huschke, *Das Nexum*, 1846, p. 132 ; Kleineidam, *Festgabe für Dahn*, t. II, *Beiträge zur Kenntniss der lex Pœtelia*, Breslau, 1905, p. 8 à 11). Mais ils n'invoquent aucun argument sérieux. L'allusion que Kleineidam (*op. cit.*, p. 11) relève dans C., VIII, 16, *quæres pignori obligari possint*, 6 ne prouve pas grand'chose parce qu'elle date de 293 après Jésus-Christ. Il est plus probable que Tite-Live s'est borné à indiquer la tendance générale de la loi sans en copier les expressions. D'ailleurs l'exactitude absolue du témoignage fût-elle démontrée, il resterait encore à savoir ce que la loi a voulu dire par là. Y a-t-il seulement une allusion à la *pignoris capio*, aux *multæ* et à la *bonorum sectio* ? C'est l'opinion la plus vraisemblable et le texte de Gaius ne permet guère de doute sur ce point (Voyez en notre sens Zimmern, *Les Actions*, traduction Étienne, 1843, p. 232, n. 17 ; Keller, *Semestria*, p. 76, n. 20).

de vraisemblance. La *missio in bona* est restée une procédure distincte de la *bonorum venditio*, même à l'époque classique. Le débiteur dont les biens sont occupés peut céder aux injonctions du prêteur ou s'entendre avec ses créanciers ; son patrimoine alors n'est pas mis en vente ; dans d'autres cas, c'est l'édit qui prescrit l'ajournement des enchères : ainsi lorsqu'il s'agit des biens d'un impubère ou d'un absent. Et même, si l'on sort du domaine de la *missio rei servandæ causa*, on trouve des envois qui ne peuvent jamais aboutir à une exécution sur les biens. Le décret du prêteur qui ordonne l'occupation porte d'ailleurs les traces de cet état de choses ; il donne deux ordres en même temps : l'un visant la possession, l'autre visant la vente : « *Bona Nⁱ Nⁱ possideri venireque jubeo.* » Aussi peut-on sans difficulté supposer une époque où le décret se bornait à prescrire la possession sans faire à la vente aucune allusion. Cette hypothèse aurait en outre l'avantage d'expliquer pourquoi l'exécution sur les biens est l'une des institutions les plus anciennes de la procédure formulaire. Déjà mentionnée dans la loi agraire de 111/643 (1), elle date, selon Gaius, de la préture de Publius Rutilius, probablement le jurisconsulte (2), dont la magis-

1. L. 56.

2. Gaius, IV, 35. — La grande majorité des auteurs voit, dans le P. Rutilius dont parle Gaius, P. Rutilius Rufus (Zimmern, *Les Actions*, p. 232, n. 15 ; Keller, *Semestria*, p. 77, n. 21 ; Heffter, *Institutionen* ², p. 637 ; Huschke, *P. Rutilius Rufus*, Z. f. Cr. u. Pr. R., N. F., t. 14, 1857, p. 4 ; Rudorff, *Ueber die Rutilische Concursordnung*, Z. f. Rg., t. 8, 1869, p. 84 ; P. F. Girard, *La date de la loi Æbutia*, N. R. H., 1895, p. 273-275 ; Armuzzi, *Il magister ed il curator della bonorum venditio*, Arch. giur., t. 72, p. 486). Quelques auteurs (Maynz, *Traité de droit romain* ², t. II, 1891, p. 601, n. 30 ;

trature se place entre 123/631 et 118/636(1). Si elle apparaît ainsi dès les premières années de la procédure formulaire, c'est peut-être que sa création était déjà amorcée par une innovation antérieure. La conjecture de M. Girard rendrait compte à la fois du caractère spécial de la *missio in bona* et de l'apparition hâtive de la *bonorum venditio*.

Mais il ne faudrait pas aller trop loin et faire remonter l'envoi en possession à une date très ancienne. Peut-être antérieur à la loi *Æbutia*, il ne doit pas être beaucoup plus ancien qu'elle. A l'époque primitive, le magistrat n'avait pas encore besoin de son *imperium* ; il a dû pendant

Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, t. I, p. 74) attribuent cependant la réforme à P. Rutilius Calvus. Leur conjecture est d'ailleurs tout à fait improbable; car, s'il s'agissait d'un autre que le jurisconsulte Rutilius Rufus Gaius n'aurait pas manqué de le signaler en indiquant son *cognomen*. Maynz objecte en vain qu'en 111 la loi agraire montre la *bonorum venditio* constituée avec son organisation complexe et essaye d'en conclure qu'elle doit remonter à une époque beaucoup plus ancienne, puisqu'elle a eu le temps de se développer et d'atteindre son maximum de croissance. Cette remarque ne prouve rien, si l'on admet avec M. Girard que la *missio in bona* existait déjà avant la loi *Æbutia*. Le préteur n'a eu qu'à perfectionner une institution qu'il avait déjà créée. Kniep (*Societas Publicanorum*, 1896, p. 445) a, lui aussi, contesté à P. Rutilius Rufus la paternité de cette réforme, en se fondant sur un passage de la table latine de Bantia (l. 11), qui parle de « *bona ejus poplice possideri* ». Mais ce texte fait certainement allusion à une *bonorum sectio* (Karlowa, *Der Zivilprozess zur Zeit der Legis actionen*, 1872, p. 181 ; P.-F. Girard, *op. cit.*, p. 275, n. 6).

1. La date de la préture est généralement fixée en 118/636 (Voyez les auteurs cités à la note précédente). Mais M. Girard (*loc. cit.*) a déterminé avec plus d'exactitude qu'elle se localisait entre 123/631 et 118/636. — Voyez cependant en sens contraire : Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, t. II, 1899, p. 465 ; Ueber die *Geschichte des Executionsrechts, Bericht... der S. kg. Gesellschaft der Wissenschaften*, Leipzig, 1883, p. 99.

longtemps se borner à une stricte application de la loi et il ne s'est mis à innover qu'assez tard, lorsque l'ancienne procédure légale devint insuffisante dans le nouvel état des mœurs : si la *missio in bona* a existé avant la loi *Æbutia*, elle s'est introduite, au plus tôt, au III^e siècle avant Jésus-Christ (1).

Son champ d'application devait d'ailleurs être assez restreint. Aucun édit ne dut à l'origine en préciser les limites ; le prêteur accordait probablement la *missio* par décret, après une *cognitio causæ*. Il est cependant un cas prévu par l'édit classique, dont la création doit être assez ancienne : c'est celui du défendeur *qui fraudationis causa latitat* (2). Ce plaideur qui se cache ne peut être atteint par l'*in jus vocatio* : il se soustrait entièrement à l'action de la justice. La loi n'offre aucun moyen de le contraindre. On concevrait parfaitement que, dès l'époque antérieure à la loi *Æbutia*, le prêteur ait essayé de combler cette lacune du système légal. D'ailleurs ce n'est pas la seule hypothèse où, à cette époque, la *missio in bona* ait pu recevoir application ; rien ne s'oppose à ce qu'elle ait déjà été admise dans tous les cas où l'édit la prescrira plus tard. Une réserve cependant s'impose ; n'étant qu'une simple mesure de contrainte, elle était impossible lorsque le débiteur saisi ne pouvait pas exécuter l'ordre du magistrat, par exemple quand il était mort ou exilé. Dans cette dernière hypothèse en effet, il ne pou-

1. Rudorff (*Ed. Perp.*, 1869, § 199, n. 1, p. 187) la fait remonter à la loi *Pœtelia Papiria*, mais sans fournir d'argument.

2. Voyez P.-F. Girard, *Manuel*⁴, p. 39 ; *Organisation judiciaire*, I, p. 204.

vait pas rentrer à Rome et, comme la représentation judiciaire n'existait encore que dans des cas très rares, tout espoir de faire surgir à sa place un défendeur était interdit. Mais ce ne sont là que de simples conjectures. L'existence de notre institution n'est attestée par aucun texte antérieur à la loi *Æbutia*.

Le document le plus ancien que nous possédions est sans aucun doute l'édit lui-même : mais il est fort difficile de le dater. Il est probablement le résultat d'une formation progressive. Deux listes des cas de *missio in bona* nous ont été conservées. La liste la plus récente nous est fournie par l'édit de Julien ; elle comprend un cas prévu par le titre *de in jus vocando* et huit cas du titre *quibus ex causis in possessionem eatur*. Le titre *de in jus vocando* contient la promesse d'une *missio* contre l'*in jus vocatus* qui, ayant fourni un *vindex*, ne se présente pas *in jure* et n'est pas défendu(1). Le titre *quibus ex causis* propose la *missio* contre le *judicatus* ou les personnes assimilées (*qui judicatus prove judicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit*) (2), contre celui qui a fait cession de biens (*qui ex*

1. Lenel, *Ed. Perp.*¹, p. 71.

2. Lenel, *Ed. Perp.*², p. 398. — M. Lenel restitue le titre de la clause « *Qui judicatus prove judicato erit, quive ita ut oportet defensus non erit.* » Nous préférons *fuerit*. En effet l'état d'*indefensio* ne dure que pendant la durée du procès ; après le procès, lorsque les parties sont sorties du tribunal, le défendeur a été *indefensus* ; il ne l'est plus. C'est donc contre celui qui aura été *indefensus*, quand le fait de l'*indefensio* se sera accompli, que la *missio* pourra être prononcée. Voyez d'ailleurs Cic., *Pro Quinctio*, c. 19, § 60 : « *qui absens judicio defensus non fuerit.* » Au contraire, l'état du *judicatus* se prolonge et existe encore au moment où la *missio in bona* est prononcée.

lege Julia bonis cesserit) (1), contre le pupille qui n'est pas défendu (*quod cum pupillo contractum fuerit, si eo nomine non defendetur*) (2), contre celui qui se cache frauduleusement pour se dérober à la défense (*qui fraudationis causa latitabit*) (3), contre celui qui est absent *in jure* (*qui absens judicio defensus non fuerit*) (4), contre celui qui est mort sans laisser d'héritier (*cui heres non extabit*) (5), contre l'héritier suspect, qui n'a pas fourni la *cautio judicatum solvi* (*si heres suspectus non satisdarit*) (6), contre celui qui a été condamné à une peine capitale (*qui capitali crimine damnatus erit*) (7). Le *Pro Quinctio* contient une liste plus ancienne, mais extraite du seul titre *quibus ex causis* et ne comprenant que quatre clauses (8).

Recita edictum : Qui fraudationis causa latitarit. Non

1. Lenel, *Ed. Perp.*², p. 399.

2. Lenel, *eod. loc.* — Ici encore, nous préférons *fuerit* à *erit* après *contractum*, malgré l'avis contraire de M. Lenel, pour la raison indiquée ci-dessus.

3. Lenel, *op. cit.*, p. 400. — Ulpien (59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quibus ex causis*, 7, 1) dit « *latitabit* »; Valerius Probus (extraits d'Einsiedeln et de Paris, n° 66) dit « *latital* »; Cicéron (*Pro Quinctio*, c. 19, § 60) dit « *latitarit* ». Entre les trois textes la divergence s'explique par des fautes de copistes. Mais il faut choisir entre elles. La meilleure lecture nous paraît être celle d'Ulpien. En effet un présent n'est pas admissible : le préteur dans l'édit parle toujours au futur. D'autre part, ce futur ne doit pas être un futur conditionnel, car la *latitatio* doit encore durer au moment de la *missio in bona*.

4. Lenel, *eod. loc.*

5. Lenel, *op. cit.*, p. 401.

6. Lenel, *op. cit.*, p. 404. Nous préférons *satisdarit* à *satisdabit* parce que la *satisdatio* a été refusée à un moment qui se trouve dans le passé lorsque le préteur accorde la *missio in bona*.

7. Lenel, *op. cit.*, p. 405.

8. Cic., *Pro Quinctio*, c. 19, § 60.

est is Quinctius, nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. Cui heres non extabit. Ne is quidem. Qui exsilii causa solum verterit. Dicit id non potest. Qui absens iudicio defensus non fuerit. Quo tempore existimas oportuisse, Nævi, absentem Quinctium defendi aut quomodo?

Cicéron veut démontrer qu'il n'y avait dans le procès qu'il plaidait aucun fait permettant un envoi en possession. Il prend l'édit et lit l'une après l'autre toutes les clauses existant de son temps dans le titre *quibus ex causis* : il n'en oublie aucune, car il enlèverait ainsi toute force à son argumentation ; il offrirait à ses adversaires une occasion trop facile de lui reprocher sa mauvaise foi.

Il n'en est peut-être pas de même de la clause contenue au titre *de in jus vocando*, car Cicéron lit évidemment l'édit, siège de la matière ; il n'est pas aussi strictement forcé d'aller chercher à l'autre extrémité de l'*album* une clause, qui en somme ne pouvait aucunement s'appliquer à l'affaire. Mais, si l'on met à part cette exception probable, on est conduit à conclure du rapprochement de la liste de Cicéron et de celle de Julien que, sur les huit clauses contenues dans la seconde, quatre seulement existaient à l'époque où fut prononcé le *Pro Quinctio* (1).

Parmi les quatre clauses, qui n'existaient pas en 81 avant Jésus-Christ et qui se trouvent dans l'édit de Julien, il en est une dont l'introduction est facile à dater. C'est la clause

1. La clause *Qui capitali crimine damnatus erit* a pris la place de la clause *Qui exsilii causa solum verterit*, parce que l'exil est devenu une peine capitale (voyez Lenel, *Ed. Perp.*², p. 405).

« *qui ex lege Julia bonis cesserit* » ; elle est évidemment de la même époque que la loi Julia, c'est-à-dire de César ou d'Auguste (1). Une autre clause, celle qui vise celui *qui judicatus prope judicato erit quive ita ut oportet defensus non erit* a été rédigée entre 81 et 49 ; car, à cette dernière date, la loi Rubria la signale (2). Quant aux deux autres, on n'a, pour déterminer le moment de leur apparition, aucun indice vraiment significatif (3).

Les clauses contenues dans la liste du *Pro Quinctio* peuvent être datées en partant de l'observation suivante : elles sont disposées dans un ordre différent de celui que suivent les commentaires classiques. Le plan de Julien est rationnel ; il énonce d'abord les envois en possession des biens d'un vivant, puis les envois en possession des biens d'un mort. L'édit ancien ne présente pas au contraire de division logique ; son plan ne peut pas cependant être purement arbitraire. Aussi peut-on supposer que les clauses ont été ajoutées les unes aux autres au fur et à mesure de leur introduction ; l'ordre adopté est donc l'ordre chronologique (4). Mais ce renseignement précieux peut

1. Voyez Wlassak, in Pauly-Wissowa, *Realencyclopaedie*, v° *Bonorum cessio*.

2. Loi Rubria, c. XXII.

3. Cependant Ulp., 59 *ad ed. D.*, XLII, 4. *Quibus ex causis*, 7, pr., étudiant la clause « *Quodcum pupillo contractum fuerit, si eo nomine non defendetur* », cite une opinion de Fulcinius, jurisconsulte du milieu du I^{er} siècle après Jésus-Christ (Kipp, *Geschichte der Quellen*, 3^e édit., 1909, p. 120). Mais cette opinion ne provient pas nécessairement d'un commentaire de la clause à propos de laquelle Ulpien la cite, quoique ce soit néanmoins assez vraisemblable.

4. Voyez Dernburg, *Ueber die Emtio Bonorum*, p. 29 à 32 ; Fliniaux, *Le Vadimonium*, p. 90, n. 1.

être précisé encore par l'étude des actions données au *bonorum emptor*. Ces actions sont au nombre de deux : l'une, la Rutilienne, sert à l'acheteur des biens d'un vivant ; l'autre, la Servienne, est accordée par le préteur à l'acheteur des biens d'un mort (1). La Rutilienne est certainement la plus ancienne, car elle a été créée par celui qui a introduit la *bonorum venditio*. Elle a forcément été appliquée, dès son origine, au cas le plus ancien de *missio in bona*, à celui du défendeur qui se cache. Mais existerait-il à cette époque d'autre clause prescrivant l'envoi en possession ? Évidemment non ; la seconde dans l'ordre chronologique vise le défunt qui ne laisse pas d'héritier et à cette hypothèse la formule Servienne peut seule s'appliquer. Le préteur Servius, de date inconnue (2), a dû inscrire dans

1. Gaius, IV, 35 n'indique pas le rôle respectif de la Servienne et de la Rutilienne ; il explique seulement que la Rutilienne est une action à transposition de personnes, la Servienne une action fictive, où la fiction porte sur la qualité du défunt. La Servienne ne pouvait donc s'appliquer aux biens d'un vivant, car il est inélégant de supposer un vivant décédé et un tiers devenu son héritier (Heffter, *Gai Commentarius IVus*, 1827, ad § 35) et la Rutilienne était impraticable pour les biens d'un mort, parce que l'*intentio* vise le rapport de droit qui lie le saisi au créancier (*dari fieri oportet*) et que ce rapport n'existe plus après la mort du saisi (Zimmern, *Römische Rechtsgeschichte*, t. III, 1829, p. 254 et n. 6 ; Keller, *Semestria*, p. 76, n. 70).

2. Les fastes prétoriens entre 118 et 83 ne signalent qu'un préteur portant le prénom de Servius. C'est Servius Sulpicius Galba, préteur en 111/643 (Wehrmann, *Fasti prætorii*, 1875, p. 642), consul en 108/645 (Baier, *Fasti consulares*, dans l'édition Orelli de Cicéron, t. VIII, 1838, p. XLVIII) ; mais il fut préteur d'Espagne (Appien, *Iber.*, 99). — On a également songé à attribuer la création de notre action au jurisconsulte Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron ; il n'a pas géré la préture urbaine, mais a pu proposer la formule dans un de ses ouvrages, par exemple dans ses *libri II ad Brutum* sur l'édit, et voir sa proposition adoptée par le préteur (Bremer, *Jurispruden-*

l'édit à la fois la formule qui porte son nom et la clause *cui heres non extabit*. Les autres causes d'envoi sont par conséquent plus récentes.

Enfin la rubrique *qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur* placée au titre de *in jus vocando* est fort difficile à dater (1); mais elle doit être plus ancienne que la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*. Elle vise en effet un cas d'*indefensio* et n'a pu être rédigée après qu'un édit plus général a prononcé la *missio in bona* dans toutes les hypothèses analogues. Mais il n'est nullement certain, ainsi que M. Maria l'a prétendu, qu'elle soit antérieure à la clause *qui fraudationis causa latitabit*. En effet, si cette dernière clause offre une rédaction assez large, elle n'embrasse pas cependant tout le champ d'application de l'édit *qui vindicem dedit*. Ces deux dispositions de l'édit peuvent être contemporaines ou avoir été créées à des époques différentes : rien ne le prouve ni ne le dément.

Ainsi, par un effort très lent et prolongé pendant plus d'un siècle, s'est formée la liste définitive des causes de *missio*. Désormais l'envoi en possession perd son caractère de mesure arbitraire pour devenir un acte régulier de la

tia antehadriana, 1896, t. I, p. 217 s.; Vernay, *Servius et son école*, 1909, p. 308 à 312). Malheureusement, cette conjecture retarderait un peu trop la création de notre action; Servius, étant du même âge que Cicéron (Vernay, *op. cit.*, p. 15), n'a pu créer notre action avant le *Pro Quinctio*; s'il a écrit avant cette date, il n'avait certainement pas encore assez d'autorité pour faire accepter ses idées par la pratique et nous pensons avoir montré que l'action Servienne est antérieure au *Pro Quinctio*.

1. Maria, *Le vindex*, Thèse, Paris, 1895, p. 244.

procédure. Cette transformation se manifeste surtout dans la forme de l'acte prétorien. Lorsque l'édit n'était pas encore rédigé, le préteur devait se livrer à un examen de chaque cause ; il étudiait les faits allégués par le demandeur, en éprouvait l'exactitude et recherchait si l'équité exigeait impérieusement son intervention. Son jugement était exprimé dans un décret qui créait le droit et n'admettait aucune contestation. Tel était au moins l'état probable des choses. Mais, après la fixation par l'édit des cas d'envoi en possession, pareille procédure devint inutile et encombrante. Le magistrat à qui on demande l'envoi en possession ne prend plus la peine d'examiner les faits allégués ; il dit simplement : « *Bona Nⁱ Nⁱ ex edicto possideri venireque jubeo* (1). » Son ordre n'est pas un décret rendu après *cognitio causæ* (2). Il ne crée pas le droit : le créancier qui l'a fait rendre n'est pas investi par lui du pouvoir

1. La formule de l'ordre prétorien ne nous est apportée nulle part dans son intégralité ; mais on peut l'inférer des expressions de l'édit ou des jurisprudences : Ulp., 5 ad ed., D., XLII, 4, *quibus ex causis*, 2, pr. : « *in bona iri jubeo* » et § 1 : « *latitantis bona jubet possideri* » ; Ulp., 2 de omnib. trib., D., XLII, 5, de reb. auct., 31, 3 : « *bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo jubebit* » ; Ulp., 53 ad ed., D., XXXIX, 2, de damno infecto, 7, pr. : « *in possessionem ejus rei ire et cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere jubeo... in possessione esse jubeo* » ; Ulp., 59 ad ed., D., XLII, 4, *quibus ex causis*, 7, 1 : « *bona possideri vendique jubeo* » ; Paul, 1 ad ed., D., L, 1, ad municipalem, 26, 1 : « *magistratibus municipalibus non permittitur, bona rei servandæ causa possideri jubere* » ; Valerius Probus, V, 24 : « B. E. E. P. P. V. Q. I : *bona ex edicto possideri proscribi venirique jubeo* » ; Cic., Pro Quinctio, VI, 25 : « *Postulat a Burrieno prælore Nævius, ut ex edicto bona possidere liceat* » ; etc.

2. Les textes disent *prætor jubet*, *prætor permittit*, ce qui est à peu près synonyme. Voyez sur le sens du mot *jubere* : Mommsen, *Droit public*, t. VII p. 353, n. 1 ; p. 335, n. 3.

de posséder le patrimoine de son débiteur. S'il tente d'en obtenir la détention et que le saisi s'y oppose, il doit prouver sa créance et la présence de toutes les conditions imposées par l'édit (1). L'ordre d'envoi a perdu à l'époque classique toute sa valeur première ; ce n'est plus un acte arbitraire du magistrat supérieur ; c'est une formalité nécessaire à laquelle on n'attache pas d'importance.

Cependant, si la pratique a subi une telle transformation, la théorie est restée immuable. Le prêteur a pu, en introduisant dans son *jussum* les mots *ex edicto*, se décharger du soin d'examiner la cause : ses pouvoirs sont restés intacts. L'édit lui sert quand il veut ; mais il peut aussi, selon son bon plaisir, revenir à son ancienne manière de procéder et accorder un envoi en possession en dehors des cas prévus dans l'*album*. Les textes nous en offrent quelques exemples et certains auteurs ont même pensé en conclure que la *cognitio causæ* était restée en pratique dans une des hypothèses réglées par l'édit (2). Lorsque le

1. Paul, 59 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct., 12, pr. : « Si is postulaverit qui creditor non est, minime dicendum est vel eum qui creditor est possidere posse, quia nihil egit talis postulatio. » Le procès de Quinctius roula tout entier sur ce sujet. Sex. Nævius a obtenu une *missio ex edicto* contre P. Quinctius ; mais il ne peut en tirer profit qu'en prouvant son droit que Cicéron nie. Voyez surtout *Pro Quinctio*, de XI, 37 à XV, 50 et de XIX, 60 à XXII, 73. Cf. Keller, *Semestria*, p. 79 à 89 ; Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, t. II, p. 561 ; Wlassak, in Pauly-Wissowa, v^o *Cognitio* ; Dernburg, *Ueber die Emtio Bonorum*, p. 106 et 107. En sens contraire, Bachofen, *Pfandrecht*, p. 285, n. 9.

2. Tambour, *Des voies d'exécution*, 1856, t. I, p. 158 ; Accarias, *Précis de droit romain*, 1886, t. II, p. 765 et 766.

défendeur se cache pour ne pas être atteint par l'*in jus vocatio*, le demandeur peut se faire envoyer en possession ; mais quand y a-t-il *latitatio* ? Pour décider ce point, il faut un examen attentif des circonstances ; alors que les autres *missiones in bona* sont rattachées à des faits faciles à constater comme un jugement, l'exil, l'absence de tout héritier ou le défaut *in jure*, on ne peut se prononcer ici qu'après une étude de l'affaire. Aussi comprendrait-on fort bien que le régime du décret ait survécu dans cette hypothèse. Rien cependant n'autorise à le présumer. Un seul texte classique a été invoqué et il n'est pas probant (1) :

Is, cujus familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quærit actor, quid sibi faciendum esset. Respondi oportere prætorem causa cognita jubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam is actori jus aquæ ducendæ restituisset (2) et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresque exaruisent.

Un propriétaire s'oppose sur son fonds à la construction d'un aqueduc par le voisin. Assigné en justice, il ne comparait pas ; le préteur le contraint par une *missio in bona* à cesser son opposition. Rien ne permet de conclure que, dans cette espèce, le défendeur se cache : il fait simplement

1. Julien, 6 *ex Minicio*, D., VIII, 5, *si servitus vindicetur*, 18. On a également invoqué Diocl. et Max., C., VII, 72, *de bon. auct. jud.*, 9 ; mais ce texte se rapporte à la procédure extraordinaire (cf. sur ce texte Dernburg, *Ueber die Emtio honorum*, p. 106).

2. Les mss. donnent *constituisset*. *Restituisset* est une conjecture de Ha-loander.

défaut et l'expression *sui potestatem non faciebat* nous entraîne à croire que, atteint par une *in jus vocatio*, il avait offert un *vindex* et au jour dit n'avait pas comparu *in jure*. Cependant si l'on se trouve dans le champ d'application de la clause *qui vindicem dedit*, ce n'est pas elle que le prêteur semble invoquer, car il aurait envoyé en possession *ex edicto*. S'il y a lieu à une *causæ cognitio*, c'est qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse prévue par l'édit. Le prêteur ne prescrit pas la vente des biens, mais seulement leur occupation. Il ordonne que cette occupation se prolonge, non pas jusqu'à la comparution du défendeur, mais jusqu'à la cessation du trouble; c'est une mesure de contrainte destinée à permettre l'exercice d'un droit; aucune clause de l'édit ne prévoit de *missio* de ce genre; il fallait bien que le prêteur l'accordât par décret. C'est là une exception qui ne porte pas atteinte au principe et qui n'intéresse nullement la *latitatio fraudationis causa*.

C'est une hypothèse du même genre qu'Ulpien étudie dans un fragment de son commentaire sur l'édit (1) :

Si diu incertum sit, heres extaturus necne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandæ causa possidere.

Il s'agit bien ici d'une *missio in bona* conduisant à une vente et destinée à fournir au créancier un débiteur qui consente à défendre. Elle joue un rôle analogue à celui des envois prescrits par l'édit et se produit dans une hypothèse voisine. Si quelqu'un prétend que son débiteur est mort sans laisser d'héritier, il a droit à la *missio ex edicto*.

1. Ulp., 60 ad ed., D., XLII, 4, quibus ex causis, 8.

Mais lorsqu'on reste dans l'incertitude, sans savoir qu'est l'héritier, ni même s'il y en a un, l'*album* n'autorise pas la possession ; le préteur qui veut l'accorder doit procéder à une *causæ cognitio*.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement dans le silence de l'édit que le magistrat examine l'affaire. Il est probable qu'il y a toujours lieu à une étude rapide des faits ; le préteur réserve ensuite le jugement définitif en insérant dans son *jussum* la clause *ex edicto* (1). Ce contrôle du magistrat, quoique très insuffisant, lui permet de *denegare missio-ncm*, quand les circonstances paraissent l'exiger (2). Lorsque quelque particularité fait soupçonner une fraude, on procède à une *cognitio causæ* et, si l'enquête confirme l'impression défavorable, l'envoi est refusé.

A l'époque classique, il convient donc de distinguer trois hypothèses réglées de manières différentes. Tantôt on se trouve dans un cas prévu par l'*album* et le magistrat accorde la *missio* sur la simple demande d'un créancier sans information préalable. Tantôt on est en dehors du champ d'application des différentes clauses édictales ; le préteur juge expédient d'envoyer en possession ; il peut le faire après

1. Cf. Keller, *Semestria*, p. 85 et 86 (il invoque deux textes : l'un, Cic., *Verr.*, I, 45, relatif à la *bonorum possessio* successorale ; l'autre, Cic., *Pro Quinctio*, 6, peu probant).

2. Ainsi lorsque l'adversaire se présente pour contester le droit du demandeur. Il est possible qu'il y ait eu *cognitio causæ*, quand le défendeur était un incapable, un absent ou une corporation. Voyez Pomponius, 1 *ad Sab.*, D., XXVIII, 5, *de hered. instituendis*, 23, 4 ; Ulp., 53 *ad ed.*, D., XXXIX, 2, *de damno infecto*, 15, 22 ; Ulp., 59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quibus ex causis*, 7, 10. Cf. Keller, *Semestria*, p. 85, n. 14 ; Dernburg, *Ueber die Entio bonorum*, p. 106 et 107.

examen de la cause. Tantôt enfin le demandeur invoque ou non l'édit ; mais une supercherie se laisse deviner ; la *missio* est refusée par décret rendu après enquête.

Telle est la métamorphose que provoqua dans l'envoi en possession la rédaction de l'édit. Une autre transformation plus profonde se produisit aussi à la même époque dans la manière dont les biens saisis étaient possédés. Le prêteur Rutilius crée la *bonorum venditio* et certains de ses successeurs en perfectionnent le mécanisme. Désormais lorsque les créanciers ont occupé le patrimoine de leur débiteur pendant trente jours, ils peuvent le vendre aux enchères. Si la *missio* n'a pas réussi après ce délai à faire apparaître un défendeur, on substituera au titulaire récalcitrant du patrimoine saisi un *bonorum emptor* plus docile. La *bonorum venditio*, comme l'envoi en possession, a pour but de faire respecter les ordres du magistrat. Cependant, si le résultat poursuivi est le même, les moyens diffèrent sensiblement. La *missio in bona* ne procure directement au créancier aucun avantage ; la vente en bloc lui donne la certitude à peu près absolue de toucher un dividende. Aussi a-t-il intérêt à ce que le patrimoine ait une valeur plus élevée, pour que le produit des enchères soit plus considérable.

Cet intérêt dut amener une transformation de la *missio in bona*. Autrefois procédure principale, mesure de contrainte indirecte, elle devient l'accessoire de l'exécution sur les biens, la préparation de la vente en bloc. Anciennement, le créancier se préoccupait uniquement de gêner son débiteur ; maintenant, il cherche à conserver tout leur prix aux biens qu'il possède. C'est pourquoi le prêteur lui

accorde à côté du droit de posséder, la faculté d'accomplir certains actes d'administration courante. Aux clauses de l'édit fixant la manière de posséder le patrimoine, on ajoute de nouvelles dispositions sur la vente ou la location des fruits ; on crée des actions contre ceux qui ont laissé dépérir les biens au préjudice des autres créanciers ; la *bonorum possessio* est destinée à conserver le patrimoine (*rei servandæ causa*).

Mais là ne se borne pas l'influence de la *bonorum venditio*. On remarqua de bonne heure qu'elle n'était en somme qu'un moyen de payer les créanciers ; elle apparaissait comme établie purement dans leur intérêt et la jurisprudence classique essaya de fortifier leur droit en créant la théorie du *pignus prætorium*. On admit que les créanciers envoyés en possession pourraient se faire payer sur le patrimoine qu'ils détenaient par préférence à tous autres ; on décida que leur droit de gage serait opposable aux tiers, envoyés en possession pour une autre cause ou acquéreurs à titre particulier. La *missio in bona* n'était plus qu'un moyen de s'assurer le droit de vendre.

Ainsi les règles qui organisent la possession des biens se divisent en trois groupes, qui correspondent à trois périodes d'une évolution. Nous consacrerons à chacun de ces groupes un chapitre de notre étude. Nous commencerons par la *possession des biens* en elle-même ; puis nous essaierons de déterminer les règles de l'administration des biens saisis et nous terminerons en exposant la théorie du *pignus prætorium*.

CHAPITRE PREMIER

La possession des biens

Lorsqu'un ordre d'envoi a été donné par le magistrat, le créancier qui l'a obtenu peut immédiatement entrer en possession ; mais il doit se conformer aux règles fixées par l'édit. Quand il a réussi à s'installer dans le patrimoine saisi, certaines conséquences naissent *ipso jure* de cet état de choses ; d'autres apparaissent au bout de quelque temps, après que la possession des biens s'est prolongée pendant trente jours. Aussi diviserons-nous ce chapitre en deux sections : la première sera consacrée à la prise de possession ; dans la seconde, nous traiterons des effets de la possession.

SECTION I

La prise de possession

Les conditions de la prise de possession sont fixées avec une grande précision soit par le préteur, soit par la jurisprudence. Nous examinerons successivement les trois questions suivantes : qui a le droit de posséder ? comment possède-t-on ? quelle est la sanction du droit de posséder ?

§ 1. — Qui a le droit de posséder

L'envoi en possession n'est jamais prononcé d'office ; il doit être provoqué par une demande des créanciers (1). Cette demande émane soit d'un créancier isolé (2), soit d'un groupe de créanciers (3) : les textes attestent l'un et l'autre usage. D'ailleurs les deux pratiques aboutissaient à des résultats analogues : que la démarche primitive soit individuelle ou collective, peu importe ; le *jussum* rendu par le magistrat profite à tous les créanciers. Paul le dit en termes formels : l'effet de l'envoi est absolu, tous peuvent en bénéficier (4). La seule objection possible serait

1. Bethmann-Hollweg, *C. P.*, t. II, p. 672.

2. Cic., *Pro Quinctio*, VI, 25 ; Paul, 59 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct.* 12, pr.

3. Théophile, III, 12, pr. : « συνίοντες ; οἱ creditores προσίσταν τῷ praetori τοῦτο αὐτῷ μεμψόμενοι. » Cf. Paul, *loc. cit.* : « Cum unus ex creditoribus postulat. » Cette expression laisse supposer que les créanciers peuvent aussi demander la *missio*, non pas isolément, mais en groupe. — Bachofen (*Pfandrecht*, t. I, p. 44) estime que cette forme doit être plus ancienne : dans l'ancienne Rome, les créanciers, répartis sur un territoire restreint, pouvaient facilement se réunir et s'entendre ; plus tard, lorsque les conquêtes eurent étendu le monde romain et que le développement du commerce permit à une personne d'avoir des créanciers dans des régions très diverses, on autorisa les créanciers isolés à porter plainte. Cette conjecture ne nous paraît pas vraisemblable : à l'époque où la *honorum venditio* est créée, l'empire romain est déjà constitué et, moins de cinquante ans après la préture de Rutilius, nous voyons un créancier isolé demander la *missio* (*Pro Quinctio*, *loc. cit.*).

4. Paul, *loc. cit.* : « Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur utrum solus is qui petit possidere potest, an, cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit. Et commodius di-

tirée de la règle suivant laquelle nul ne peut acquérir de droit pour autrui. Mais ce principe n'a pas lieu de s'appliquer ici ; Labéon, qui a étudié ce point, fait remarquer que le magistrat ne crée pas de droit nouveau au profit des créanciers : il rend seulement possible l'exercice d'un droit antérieur. Celui qui obtient la *missio in bona* ne fait pas un acte d'acquisition ; il accomplit une formalité nécessaire : *aliquid ex ordine facit*. Les autres ne sont pas enrichis par lui ; on les dispense seulement d'une démarche, qu'ils auraient pu faire eux-mêmes.

Aussi, dans la plupart des cas, un seul créancier agit ; sa démarche profite à tous les autres : pour eux, il se pré-

*citur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri : quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi quicquam acquirit, cui prætor permittit, sed aliquid ex ordine facit : et ideo ceteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est vel eum qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio : aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum : ceteri enim poterunt peragere bonorum venditionem. » — Cf. Cic., *Pro Quinctio*, XXIII, 73 ; Ulp., 52 ad ed., D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 2 ; Paul, 68 ad ed., D., XLII, 8, *quæ in fraud. cred.*, 13. A ces textes particulièrement précis, il faut ajouter ceux qui emploient les expressions « *creditores possident* » ou « *mittuntur in possessionem* ». Paul, 5 ad Sab., D., XIX, 1, *de act. empti vend.*, 2, 1 ; Ulp., 52 ad ed., D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 4 ; Ulp., 3 reg., D., XLII, 5, *de reb. auct. jud. poss.*, 33, pr. Pomponius, 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, *de her. inst.*, 23, 2 ; Ulp., 69 ad ed., D., XLIII, 17, *uti poss.*, 3, 8 ; Ulp., 59 ad ed., D., XLII, 4, *quib. ex causis*, 7 Paul, 5 sent., D., XLII, 5, *de reb. auct. jud. poss.*, 39, pr. ; Ulp., 62 ad ed., D., XLII, 5, *de reb. auct.*, 15, pr. Enfin Cujas (*Obs.*, IX, c. 37, t. III, col. 246) rapporte à notre matière Paul, 16 brev. ed., D., L., 17, *de reg. juris.*, 148, qui ne paraît pas s'y rattacher. Voyez sur ce point Lenel, *Pal.*, t. I, col. 956, n. 3.*

sente devant le magistrat ; pour eux, il obtient la *missio in bona* ; pour eux, il entre en possession. Mais il est essentiel que ce soit un créancier et que son titre soit valable. Si quelque nullité le viciait, l'effet produit par ces démarches serait nul : c'est qu'il ne s'agit pas seulement de représenter les autres ; les actes de procédure accomplis répandent leurs effets sur tous les créanciers ; mais ils profitent aussi à leurs auteurs ; ils doivent donc avant tout émaner d'une personne capable d'en profiter pour son propre compte. Il suffit d'ailleurs pour cela qu'elle ait la qualité de créancier : le droit romain n'exige pas de titre exécutoire. Que le débiteur soit exilé ou mort sans héritier, qu'il refuse de se défendre ou ait fait cession de biens, un simple créancier chirographaire pourra solliciter et obtenir l'envoi en possession : la procédure de la vente en masse sera déclenchée au profit de tous (1). (e

Telle est la solution des jurisconsultes. Aucun édit, aucune loi n'a expressément posé cette règle. Il est probable cependant qu'elle a trouvé un point d'appui dans les textes officiels et il est facile de deviner sur quelle base elle repose ; les fragments contenus au Digeste le font assez clairement apparaître. Certes aucun document ne

1. Le droit de bénéficier du *jussum* nous paraît en effet lié au droit de le provoquer. L'opinion contraire, soutenue par Bethmann-Hollweg (*C. P.*, t. II, p. 672 et 673), nous paraît sans fondement dans les textes ; c'est une erreur qu'a dû inspirer la nécessité moderne du titre exécutoire. Mais à Rome le *jussum* ne créait pas de situation définitive ; le prêteur pouvait l'accorder au premier venu si sa demande paraissait vraisemblable. Les divers édits indiquant les causes de *missio in bona* déterminent seulement les conditions que le débiteur doit remplir et ne se préoccupent pas de la qualité du plaignant.

nous a conservé le texte du *jussum* prétorien (1) ; mais l'édit emploie toujours à dessein une formule neutre : il détermine les conditions qui doivent se rencontrer dans la personne du défendeur : « *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur* », et il ajoute : « *Ejus bona possideri vendique jubebo*. » Qui possédera ? qui vendra ? le préteur n'en dit rien. Peu lui importait sans doute à l'origine, lorsque la *missio* était une simple mesure de contrainte ; il suffisait que le débiteur fût gêné et réduit par cette gêne à l'obéissance. Mais, quand la *venditio bonorum* eut transformé la possession des biens en procédure préparatoire, cette rédaction, due peut-être à l'indifférence du magistrat, fournit un argument en faveur de la doctrine de l'effet collectif. Le préteur n'indique pas le bénéficiaire de la *missio* ; il parle en termes généraux et absolus ; c'est donc que tous peuvent en profiter. Ce n'est pas contre moi que le défendeur se cache : qu'importe ? il se cache et se cache par fraude ; l'édit s'en contente et m'autorise à posséder : « *Verum est eum latitare et fraudationis causa latitare, etsi adversus me non latitat* (2). » L'intention du préteur est évidemment de convier tous les intéressés à la possession ; aussi en maint endroit parle-t-il au pluriel de ceux qui se sont installés sur les biens (3).

1. Cependant on peut approximativement le restituer. Voyez p. 33, n. 1.

2. Ulp., 59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quibus ex causis*, 7, 7. C'est pour des raisons spéciales à cette cause de *missio* qu'Ulpien n'admet pas ici l'effet collectif en vertu d'une théorie récente à son époque : la phrase que nous citons est vraisemblablement une objection faite par ses adversaires et qu'il réfute.

3. Lenel, *Ed. Perp.*, ², n° 213 : « *Qui ex edicto meo in possessionem venerint*. » (Cic., *Pro Quinctio*, XXVII, 84). C'est peut-être en commentant ces

Par ce moyen, l'équité est satisfaite : tous les créanciers, ayant des titres équivalents, ont des droits égaux à être payés (1). Ils pourront tous agir contre le *bonorum emptor* après l'adjudication ; pourquoi ne pas leur permettre de posséder ? Pourquoi les empêcher de surveiller le gage qu'ils vont réaliser ? Quiconque aura droit à une action utile pour toucher un dividende, pourra, dès la *missio in bona*, collaborer à la possession et à l'administration des biens saisis.

Ce principe entraîne *a contrario* une conséquence : ceux à qui l'on refusera une action doivent être exclus du bénéfice de la *missio in bona*. Ainsi les créanciers conditionnels : ils n'ont aucun droit ; ils espèrent seulement en avoir. Si la condition se réalise, une action naîtra ; *pendente conditione*, ils peuvent seulement prendre quelques mesures conservatoires. Ils ne peuvent agir ; ils ne peuvent exécuter, ni vendre les biens. Ils ne peuvent pas non plus les posséder ; car la possession prépare la vente : qui peut posséder, peut vendre. Ce raisonnement, Cujas le résumait déjà dans un syllogisme, dont les textes fournissent les éléments : « *Qui mittitur in possessionem, potest bona vendere ; creditor condicionalis non potest bona vendere ; ergo creditor condicionalis non mittitur in possessionem* (2). » On a en vain discuté ; celui dont le titre est in mots que Paul a développé la théorie de l'effet collectif (voyez le texte cité p. 41, n. 4, et Lenel, *op. cit.*, p. 407, n. 3 et 4). Cf. Lenel, *op. cit.*, n° 204 « *Eos qui bona possident, de possessione decedere jubebo* » (Ulp., 59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quibus ex causis*, 5, 2).

1. « *Par condicio omnium creditorum*, » dit Ulp., 66 *ad ed.*, D. XLII, 8, *quæ in fraudem*, 6, 7.

2. Cujas, *Quæst. Pauli*, II, l. 14, q. ex. c., t. V, p. 923.

certain ne peut agir avant l'événement qui consolidera son titre : on ne sait même pas s'il sera créancier ; il ne peut donc participer aux assemblées où l'on organise la vente ; il ne peut pas davantage collaborer à la possession ou postuler un *jussum*.

Des difficultés cependant se sont élevées : deux textes en effet affirment le principe que nous venons de dégager (1), mais un autre le nie formellement (2), et, pour rendre plus inextricable encore cette confusion, le texte qui nie est de Paul, comme l'un de ceux qui affirment. Comment le jurisconsulte peut-il s'être contredit d'une manière aussi nette ? C'est une de ces questions que depuis le xvi^e siècle les romanistes se posent inlassablement en produisant sans cesse des réponses nouvelles. La logique et deux textes cependant nous assurent que les Romains refusaient la *missio* au créancier conditionnel. Aussi a-t-on essayé de faire disparaître la contradiction en accusant les manuscrits du troisième texte d'inexactitude : « *In possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa sit* », dit la Florentine. Le président Favre corrige *et si* en *nisi* (3). Mais c'est une explication arbitraire et peu satisfaisante. La phrase ainsi améliorée sem-

1. Ulp., 59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quib. ex c.*, 7, 14 : « *Si in diem vel sub condicione debitor latitet, antequam dies vel condicio veniat, non possum bona ejus venire : quid enim interest, debitor quis non sit an nondum conveniri possit ? nam et si non sit debitor, idem dicemus.* » Paul, 2 *quæst.*, D., *eod. tit.*, 14, 2 : « *Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.* »

2. Paul, 57 *ad ed.*, D., *eod. tit.*, 6, pr.

3. Faber, *Rationalia*, éd. Genève, 1626, t. IV, p. 242.

ble devenir pire encore : elle affirme le droit du créancier à être envoyé en possession, ce qui est une manière de truisme, et énonce sous la forme d'une exception la seule chose intéressante qu'elle ait à dire. Singulier rédacteur, qui met les banalités au premier plan, pour reculer à une extrémité lointaine le principe qu'il veut poser ! Si l'on cherchait au Digeste des phrases analogues, on en trouverait certes, mais ce serait parmi les textes que Justinien a remaniés. Les tournures imprécises et maladroitement, les remarques un peu naïves, que les compilateurs ont introduites dans les ouvrages classiques, ressemblent fort à notre texte, restitué par le président Favre.

Aussi a-t-on cherché des explications meilleures. On a depuis longtemps proposé une distinction, qui paraît voisine de la vérité. Le créancier conditionnel n'a pas de droit actuel : il en aura peut-être. Son action n'est pas encore née ; il ne peut réaliser le patrimoine de son débiteur, qui lui sert cependant de gage. Mais doit-on pour cela le condamner à assister impuissant à la dilapidation des choses, sur lesquelles il espère se payer ? Doit-on le contraindre à laisser les autres créanciers retirer de la vente en bloc un dividende important, tandis qu'on le réduit à une action chimérique sur la fortune que le débiteur acquerra plus tard ? Non, évidemment. *Pendente conditione*, notre créancier n'a pas de droit ; il espère en avoir, et prétend légitimement conserver cet espoir : toute voie d'exécution lui est sans doute fermée ; mais il ne faut pas que d'autres puissent passer avant lui.

C'est ce principe que Doneau prend déjà comme point de départ ; il aboutit à un système qui concilie les textes,

mais ne s'appuie pas sur eux (1). Pour provoquer la *missio in bona*, pour exiger la vente, il faut une créance exigible : le créancier conditionnel ne peut ni postuler de *jussum*, ni entrer en possession, ni participer à la nomination du *magister* ; ce serait exercer un droit qu'il n'a pas encore. Mais si les autres créanciers de l'absent sont envoyés en possession, il n'y a aucun inconvénient à donner place dans cette possession aux créanciers conditionnels. Ils pourront invoquer la *missio* obtenue par un autre ; le dividende stipulé dans le cahier des charges sera dû par le *bonorum emptor*. Par là s'expliquerait la divergence des textes : à leur incapacité d'agir se rapporterait l'un des fragments de Paul ; leur faculté de profiter de l'envoi et de la vente ferait l'objet de l'autre.

Cependant n'y a-t-il pas dans cette construction séduisante un défaut assez grave pour la ruiner ? Elle s'élève hors du terrain solide des textes : ni Paul, ni Ulpien ne paraissent sous-entendre ce que devine Doneau. Selon Ulpien, si le défendeur qui se cache est débiteur à terme ou sous condition, la vente ne peut avoir lieu et Paul, plus explicite encore, refuse au créancier conditionnel le bénéfice de l'envoi en possession, parce que seul peut être envoyé celui qui peut vendre les biens *ex edicto*. L'incapacité de vendre entraîne donc celle d'être envoyé. Ailleurs néanmoins Paul affirme le contraire. Les termes des

1. Doneau, *Comm. de jure civili*, l. XXIII, c. 11, § 8, éd. Nuremberg, 1832, t. 14, p. 20. Cf. dans le même sens, Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 162 à 164 ; Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, p. 177-180 ; Maracino, *Azione revocatoria o pauliana*, 1904, p. 151 et surtout Wendt, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft*, p. 38 et s.

deux propositions sont directement contradictoires : « *mittitur in possessionem* », dit l'une ; « *non mittitur* », dit l'autre. La remarque de Doneau peut être vraie en soi ; mais elle n'explique pas nos textes.

Cujas a proposé un système différent, quoique procédant du même principe (1). Le créancier conditionnel est créancier d'une obligation pendante : il ne peut exécuter ; car il n'a pas d'action contre le débiteur. Mais il peut néanmoins se faire envoyer en possession : car l'envoi ne prépare pas seulement la vente ; il a un autre but que de rendre plus facile la liquidation du patrimoine et son adjudication. Il permet aux créanciers de le surveiller, de rendre impossible toute dilapidation. Et comment empêcher le créancier conditionnel de participer à cette possession purement conservatoire ? Pourquoi s'opposerait-on à ce qu'il la provoque par une demande adressée au magistrat ? Certes, on ne peut lui donner le droit de vendre, ni de paraître dans les assemblées consacrées à la rédaction du cahier des charges : Ulpien le dit en termes formels. Mais le magistrat peut l'autoriser à posséder sans l'autoriser à vendre ; il n'a qu'à modifier légèrement la formule de son *jussum* et à dire : « *Bona Nⁱ Nⁱ ex edicto possideri jubeo.* » C'est à cette pratique que doit se rapporter le fragment 6 de Paul.

Il reste à expliquer le fragment 14, qui refuse le droit

1. Cujas, *loc. cit.*, t. V, p. 923 et 924. — Cf. dans le même sens Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, *Beilage I*, p. 579 à 587 ; Courtois, *De la bonorum venditio*, Thèse, Caen, 1892, p. 134 à 147. Voyez aussi dans le même sens, mais avec une forte nuance d'incertitude Solazzi, *Revoca degli atti fraudolenti*, 1902, p. 128 à 134. C'est peut-être aussi à cette opinion que se rattache Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906, t. I, § 89, n. 11.

de posséder. Selon Cujas, il viserait la *missio* normale qui conduit à la vente. Mais il est facile d'objecter : les deux textes de Paul emploient la même formule ; ils ne peuvent lui attribuer deux sens différents. « *In possessionem mittitur* » ne peut pas signifier tantôt « *il est envoyé en possession avec le droit d'exécuter* », et tantôt « *il est envoyé en possession sans pouvoir vendre* ». Entre les deux sens, il faut choisir et alors éclate la contradiction. Parmi ceux qui partagent l'opinion de Cujas, il s'en est trouvé qui ont senti toute la force de l'objection et ont tenté de la réfuter. Eneccerus a pensé la détruire par une remarque subtile (1). Le fragment 14 contient trois paragraphes : le *principium* donne au *missus* une action en indemnité contre celui qui s'oppose à son entrée en possession ; cette indemnité sera du montant de la créance. S'il s'agit d'un légataire conditionnel envoyé *legatorum servandorum causa*, comment la calculera-t-on ? Il n'est pas sûr que le legs soit dû ; va-t-on diminuer l'indemnité ? Non, dit le paragraphe 1 ; car l'intérêt protégé par l'action existe dès maintenant. Le paragraphe 2 ajoute : « *Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.* » Eneccerus traduit : « *Cependant, comme créancier conditionnel, il ne peut être envoyé en possession ; car, pour être envoyé, il faut tenir de l'édit le droit de vendre.* » Le légataire est en effet créancier de l'héritier ; il pourrait demander l'autorisation d'en posséder le patrimoine. On la lui refusera, parce que l'héritier ne se trouve dans aucune des hypothèses où la *missio in bona rei servandæ causa* est possible. Le texte ainsi interprété devient donc étranger à la question discutée et le système de Cujas peut être admis.

1. Eneccerus, *op. cit.*, p. 586.

Mais cette interprétation est-elle exacte ? Nous ne le pensons pas (1) ; Eneccerus enlève au mot *autem* toute sa force : il n'établit pas entre les deux paragraphes l'opposition qui éclate à la lecture. La traduction couramment admise paraît bien meilleure : le paragraphe 2 signifie tout simplement que, pour la *missio in bona rei servandæ causa*, le calcul des dommages et intérêts ne soulève aucune difficulté : le créancier conditionnel ne peut jamais obtenir de *missio in bona*, parce que toute procédure d'exécution lui est interdite. Ainsi compris, notre texte est la négation même du système de Cujas : les deux fragments de Paul apparaissent en contradiction complète.

Et pourquoi essayer de les réduire à l'unité ? Ne peuvent-ils trouver leur application dans des champs voisins, mais différents (2) ? Le fragment 14 pose un principe : la *missio* conduit à la vente ; elle la prépare. Le créancier conditionnel, qui ne peut ni agir, ni vendre, n'a pas le droit

1. Cf. en ce sens, Ubbelohde, in Glück, *Ansführliche Erläut.*, Serie der B. 43 u. 44, III^{er} Th., Erlangen, 1891, p. 200.

2. Deux systèmes ont été proposés, qui distinguent selon les causes de *missio in bona*. Bachofen (*Pfandrecht*, I, p. 285, n. 9) admet que le fragment de Paul pose la règle générale ; il rapporte le fragment 6 à la possession des biens de celui « *cui heres non extabit* ». Il se fonde sur le fait que le créancier conditionnel a droit à la séparation de biens (Papin., 12 *resp.*, D., XLII, 6, de *sep.*, 4, pr.). Cette opinion a été adoptée par Dernburg (*Ueber die emtio honorum*, p. 98-104). Depuis les travaux de M. Lenel, elle est insoutenable ; car rien ne prouve que le fragment 6 se rapporte à la clause « *cui heres non extabit* ». La seconde opinion, très voisine de la première, en diffère en ce qu'elle ne pose pas de principe général ; mais elle rapporte également le fragment 6 à la clause « *cui heres non extabit* ». Elle a été notamment soutenue par Bufnoir (*Condition*, 1866, p. 292 à 294) et Accarias (*Précis de droit romain*, t. II, p. 765, n. 1).

de se faire envoyer en possession. Mais rien ne prouve que le fragment 6 ait une portée aussi générale ; son apparence tendrait à le faire croire ; mais l'étude du contexte suffit à nous détromper. Il est emprunté au commentaire d'Ulpien sur la clause *qui absens judicio defensus non fuerit* et la phrase qui nous intéresse précède immédiatement une remarque sur les mots « *et ejus, cujus bona possessa sunt a creditoribus, veniant præterquam pupilli et ejus qui reipublicæ causa sine dolo malo afuit* ». On peut supposer qu'elle s'y rapporte aussi. Les biens du pupille ou de l'*absens reipublicæ causa* ne peuvent être vendus. Pourquoi ne permettrait-on pas au créancier conditionnel de les posséder ? On n'entend ici aucune exécution : la *missio* est une simple mesure conservatoire, tout au plus un procédé indirect de contrainte. On doit admettre à la possession même les intéressés dont le titre n'est pas encore échu. Ainsi l'accord s'établit entre les textes : la *missio in bona* est fermée au créancier conditionnel, mais seulement quand elle conduit à l'exécution. Si elle cesse d'être liée à la vente, elle s'ouvre largement à tous.

Quelle est la raison d'être de ce principe ? Une indication précieuse nous est donnée par Paul. Il rattache l'interdiction de posséder à l'interdiction de vendre ; c'est donc que cette dernière était plus fermement établie ; on peut conjecturer que l'édit lui-même l'avait constituée. M. Lenel (1) en effet a signalé un fragment du titre *de verborum significatione* qui commente les mots *creditor con-*

1. Lenel, *E. P.*, p. 409, n. 8. M. Lenel paraît ne pas admettre que les créanciers conditionnels aient été exclus par une clause expresse de l'édit.

dicionalis (1). Cette définition est empruntée au livre 62 *ad edictum* d'Ulpien, où le jurisconsulte étudie la fin du texte *de bonis possidendis proscribendis vendundis*. Il est même infiniment probable qu'elle se rapporte à la rubrique *de magistris faciendis proscribendis et vendundis*, qui régissait les assemblées de créanciers, leur composition et leurs attributions. Quelque tournure particulière devait en exclure les créanciers sous condition, puisque Ulpien sent le besoin de les définir. D'ailleurs Paul, commentant le mot *creditor*, remarque : « *Qui temporalem exceptionem timet, similis est condicionali creditori* (2). » Pourquoi cette assimilation, sinon pour étendre aux créanciers dont l'action est paralysée par une exception la clause de l'édit relative aux créanciers conditionnels ? D'ailleurs les renseignements incomplets qui nous sont parvenus ne permettent pas de dire comment cette clause était rédigée ; il est seulement probable qu'elle contenait les mots « *creditor condicionalis* ».

Ainsi l'édit, la doctrine et la pratique suivaient la règle : Quiconque peut vendre peut aussi bénéficier de l'envoi en possession. Cependant cette règle générale subit à l'époque classique quelques restrictions. La première sortit d'une interprétation de l'édit lui-même : une clause prescrivait la *missio* contre celui *qui fraudationis causa latitat*. Les jurisconsultes crurent trouver dans cette disposition un excellent argument pour montrer que le créancier con-

1. Ulp., 62 *ad ed.*, D., L, 16, de V. S., 54 : « *Condicionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent ut competat.* »

2. Paul, 16 *brev. ed.*, D., *eod. tit.*, 55.

ditionnel n'a pas droit à la *missio*. La *latitatio* pour être une *causa missionis* doit être frauduleuse : pourquoi dès lors permettre à ceux qui ne sont pas lésés par elle de solliciter la possession des biens ? Or le créancier conditionnel n'a aucun avantage à ce que son débiteur se soumette à l'*in jus vocatio* ; car il sera certainement battu sur l'action qu'il intente avant l'événement de la condition. Il ne pourra par conséquent obtenir la *missio* (1). Ce raisonnement parut évident et les jurisconsultes n'hésitèrent pas à l'admettre. Cependant, il entraînait avec lui toute une série de conséquences. La première fut l'assimilation du débiteur à terme au débiteur conditionnel : avant l'échéance, il y a impossibilité d'agir ; il doit y avoir également impossibilité de postuler un *jussum* (2). Le second corollaire du nouveau principe est beaucoup plus grave : la *latitatio* doit être frauduleuse ; les créanciers qui n'en reçoivent aucun préjudice direct ne peuvent demander l'envoi ; ils ne peuvent pas non plus en bénéficier, puisque les deux droits sont liés. La *missio latitationis causa*

1. Ulp., 59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quib. ex causis*, 7, 14.

2. Voyez le texte cité à la note précédente. — Cette assimilation doit être spéciale à la *missio latitationis causa* ; car les fragments 6 et 14, *eod. tit.*, ne font aucune allusion au créancier à terme. — Le même principe entraîne une autre conséquence : c'est que le père qui se cache ne peut être l'objet d'un envoi valable, quand il est poursuivi *de peculio* et que le pécule est vide (Papinien, 9 *Quæst.*, D., XV, 1, *de peculio*, 50, pr.). Cette solution n'était cependant pas universellement admise ; Ulp. (*loc. cit.*, § 15) la rejette en disant que, s'il n'y a rien au moment de la citation, il peut advenir quelque chose avant le jugement. Cette divergence de vues sur un point accessoire est une trace de la nouveauté du principe : Qui peut posséder, doit être victime de la fraude.

produit donc un effet individuel et non un effet collectif (1). Telle est la conclusion logique à laquelle aboutissent les jurisconsultes classiques ; mais ce système ne doit pas remonter à une époque très ancienne ; on sent, dans la brève discussion d'Ulpien, que la querelle était à peine vidée au début du III^e siècle : les arguments de la théorie qui voulait respecter le droit commun méritaient encore une réfutation ; la solution qui nous est seule rapportée ne doit guère avoir triomphé avant Pomponius, dont Ulpien invoque d'ailleurs l'autorité.

Ce fut la première dérogation à la règle ancienne ; mais ce ne fut probablement pas la seule. Un rescrit assez énigmatique de Caracalla donne une solution qui s'inspire du même esprit (2) :

IMP. ANTONINUS A. SILVANO

Cum rempublicam Heliopolitanorum propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis quam hereditiarum possessionem missam esse proponas, intellegis, quamvis pater tuus cum Sossiano contraxerit, tamen, si personali actione eum habuit obligatum, præponi rem publicam jure pignoris, quæ ex auctoritate ejus qui jubere potuit servandi judicati causa occupavit. PP. V id. dec. Læto II et Cereale cons. (a. 215).

Un nommé Sossianus est débiteur de Silvanus à raison d'un contrat autrefois intervenu entre lui et le père de

1. Ulp., *loc. cit.*, § 7.

2. C., VIII, 17 (18), *qui potiores in pign.*, 4 (3).

Silvanus. Il hérite d'une personne qui devait une certaine somme à la cité d'Héliopolis. Celle-ci, pressée de rentrer dans ses fonds, exerce son action, obtient un jugement et se fait envoyer en possession des biens de Sossianus. Silvanus aussitôt demande à être joint à la saisie ; il s'adresse à l'Empereur, mais n'obtient qu'un refus : la cité possède le patrimoine de Sossianus tout entier et non pas seulement les biens de la succession ; elle passera avant Silvanus (1).

D'où lui vient cette situation plus favorable ? Cujas l'attribue au *privilegium exigendi* qu'a de droit tout municipe (2). Cette hypothèse ne paraît pas satisfaisante ; car le texte parle de gage et non de privilège. Nous préférons, avec Bachofen (3), y voir une dérogation au principe de l'effet collectif. Le jugement est un titre exécutoire, qui ne confère de droit qu'à un seul ; celui qui l'a obtenu peut légitimement prétendre à un avantage : il pourra seul profiter de la *missio ex causa judicati*. Sur quoi a-t-on fondé cette seconde exception au droit commun ? De

1. Doneau, *Comm. ad Codicem, ad h. l.*, éd. Francfort, 1622, p. 788, raconte l'affaire d'une manière assez différente, mais qui n'est pas d'accord avec le texte du rescrit.

2. Cujas, *Obs., lib. IX, c. 37*; t. III, p. 246. — Bachofen cite dans le même sens Bachovius, *De pignoribus et hypothecis*, I, 3, § 4 ; IV, 7, dont nous n'avons pu consulter l'ouvrage.

3. Bachofen, *Pfandrecht*, t. I, p. 44. — L'opinion de Dernbrug (*Ueber die emtio bonorum*, p. 115 ; *Pfandrecht*, t. I, p. 409) n'est pas très nette ; peut-être voit-il dans le *pignus* dont parle le rescrit un *pignus ex judicati causa captum*, car il rapproche notre texte d'un fragment d'Ulpien, 1 *resp., D., XX, 4, qui potiores in pign.*, 10, relatif à cette procédure d'exécution. S'il en est ainsi, il se trompe certainement, car le rescrit parle expressément de *missio in bona*.

quelle époque date-t-elle ? Autant de questions que l'absence de documents nous oblige à laisser sans réponses. Il est cependant probable que cette solution est assez récente : le silence gardé sur ce point par le Digeste, le fait que la règle est posée dans un rescrit qui fut affiché paraissent prouver que c'est une innovation du droit impérial. Peut-être est-elle due à l'influence du *pignus ex judicati causa captum* sur la théorie de la *bonorum possessio*. Mais ce sont là de simples hypothèses qu'on ne peut étayer sur de solides arguments (1).

§ 2. — L'entrée en possession.

Les créanciers autorisés entrent en possession du patrimoine, mais ils n'en deviennent pas juridiquement possesseurs ; les textes leur refusent cette qualité ; ils ne sont que détenteurs : *sunt in possessione* (2). Leur situation n'est

1. Voyez en sens contraire Naber, *Mnemosyne*, 1895, *Observatiunculæ de jure romano*, LXII, *cur competat in rem actio*, p. 154 ; il en conclut que la *missio judicati causa* n'est pas une *missio rei servandæ causa*. Cette opinion est contredite par Ulpien, 12 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quib. ex c.*, 1 qui ne distingue que trois *missiones in bona* (voyez éd. Krueger, n. 11) : la *missio rei servandæ causa*, la *missio legatorum servandorum gratia* et la *missio ventris nomine*.

2. Ulp., 16 *ad ed.*, D., VI, 1, *de rei vind.*, 9 : « *Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi, denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur quia hi omnes non possident, vindicari non posse* » ; Paul, 54 *ad ed.*, D., XLI, 2, *de adq. vel amitt. poss.*, 3, 23 ; Ulp.,

pas protégée par les interdits possessoires ; ils ne peuvent en aucun cas usucaper. C'est que les créanciers ne réunissent pas toutes les conditions, sans lesquelles il n'y a pas possession. Mais quel est l'élément qui fait défaut ? Ici les textes se taisent et les interprètes modernes qui se sont posé la question ont émis des théories

69 ad ed., D., XLI, 2, de adq. vel amit. poss., 10, 1 : « *Aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse : denique rei servandæ causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiæ causa* » ; Pomponius, 23 ad Q. Mucium, D., XLII, 4, q. ex. c., 12 : « *Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere prætor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit* » ; Ulp., 69 ad ed., D., XLIII, 17, uti possidetis, 3, 8 : « *Creditores missos in possessionem rei servandæ causa interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident* » ; C., VII, 72, de bonis auct. jud. poss., 8 (a. 294) : « *In possessionem rei servandæ uxor defuncti vel alii creditores missi dominium ex hac causa tenentes adipisci minime possunt.* » — Cela suffit cependant pour permettre aux tiers qui ont droit à l'action ad exhibendum de l'intenter contre le créancier en possession. Voyez Ulp., 24 ad ed., D., X, 4, ad exhibendum, 5, 1 : « *Julianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. Inde Julianus quærit, quatenus hos oporteat exhibere : et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandæ causa sit in possessione.* » Le quatenus oporteat exhibere peut paraître étonnant. Plusieurs explications ont été proposées tout récemment (voyez Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, 1907, p. 147 ; Beseler, *Beiträge, Zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, 1910, p. 19 ; Lenel, *Grünhut's Zeitschrift*, 1910, p. 549) ; celle de M. Lenel nous paraît la plus vraisemblable : le missus est tenu d'exhiber ; mais, s'il exhibe, ce fait ne permettra pas d'intenter l'action en revendication contre lui. Voyez Ulp., 16 ad ed., D., VI, 1, de rei vindic., 9 où on lit : « *Denique ait ab eo... qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vindicari non posse puto autem ab omnibus qui tenent et habent resti-*

opposées. Savigny estime que le créancier ne peut posséder faute de l'*animus* nécessaire (1). Le possesseur doit avoir l'intention de s'approprier la chose ; le créancier se contente de vouloir la vendre : il doit rester détenteur. On a objecté : si le créancier, une fois en possession, cessait de posséder pour vendre et pensait acquérir la chose en l'usucapant, il attendrait en vain l'effet de sa possession prolongée ; détenteur malgré lui, il ne pourra jamais corriger lui-même le vice fondamental de sa situation : *Nemo sibi causam possessionis mutat* (2). Ce n'est donc pas faute d'*animus* que le créancier n'est pas possesseur ; c'est qu'il ne suffit pas d'une intention plus ou moins nettement déclarée pour avoir droit aux interdits ; il faut que le titre en vertu duquel on possède ne soit pas un obstacle à la possession. Le *jussum* d'envoi n'est pas une *causa possessionis* ; son bénéficiaire ne pourra jamais être que simple détenteur.

Mais en a-t-il toujours été ainsi ? Paul rapporte en ces termes une opinion de Q. Mucius Scævola, que d'ailleurs il rejette (3) :

tuendi facultatem, peti posse. » M. Seckel (*Heumann's Handlexikon*, v° *vindicare*) suivi par M. Lenel (*Grünhut's Zeitschrift*, 1910, p. 540) restitue avec beaucoup de vraisemblance *rei servandæ causa* avant *legatorum*. On voit donc que le *missus* est tenu de l'action *ad exhibendum* parce qu'il peut exhiber et n'est pas tenu de la revendication parce qu'il ne peut restituer.

1. Savigny, *Traité de la possession*, trad. Stædtler, 1870, p. 265 et 268-269. Savigny considère le *missus* comme un possesseur dérivé, à qui « il ne serait même pas possible de vouloir considérer la chose comme sienne, d'avoir l'*animus domini*, puisque le droit de propriété d'un autre est expressément reconnu. »

2. Vermond, *Théorie générale de la possession*, 1895, p. 82 et p. 87-88.

3. Paul, 54 *ad ed.*, D., XLI, 2, *de adq. vel amitt. poss.*, 3, 23.

Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandæ causa possidemus, ineptissimum est : nam qui creditorem rei servandæ causa vel quia damni infecti non caveatur mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit.

De nombreux auteurs (1) en ont conclu que le droit ancien ignorait la distinction entre la détention et la possession : la *missio* serait à la fin de la République une *causa possessionis* ; la théorie classique ne se serait formée qu'un peu plus tard. Mais Ihering a démontré de la manière la plus évidente que cette interprétation était fausse, malgré que Paul l'eût déjà adoptée (2) : Q. Mucius n'a jamais prétendu octroyer au *missus* la *possessio ad interdicta* ; il classait seulement les *genera possessionum* et le mot *possessio* s'entendait à son époque de la manière la plus large. Quand on l'employait absolument, il n'avait pas encore le sens technique que les jurisconsultes lui accorderont plus tard. Il désignait indifféremment l'occupation d'une portion de l'*ager publicus*, la saisie d'un patrimoine ou la situation d'une personne in *causa usucapiendi*. Le traitement appliqué à ces diverses catégories de personnes variait suivant le genre de la possession : d'où l'utilité du classement de Scævola. Mais cela ne prouve nullement que la

1. Dernburg, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des röm. Rechts*, 1883, p. 60 ; Pernice, *Z. für Handelsrecht*, XXII, p. 428 ; Labeo, II, p. 192, n. 55 ; Kniep, *Vacua possessio*, 1886, p. 313 ; Savigny-Rudorff, *Traité de la possession* (trad. Staedtler), p. 561, n. 2 (note de Rudorff).

2. Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession* (trad. Meulenaere), 1894, p. 233 s. ; Cuq, *Recherches sur la possession*, N.R.H., 1894, p. 38.

distinction entre la détention et la possession n'existait pas. Sans doute elle n'était pas nettement formulée et l'imprécision du vocabulaire contribuait à rendre les notions plus troubles encore. La pratique cependant devait déjà en tenir le plus grand compte et il est infiniment probable que le *missus* n'a jamais eu les interdits possessoires et n'a jamais usucapé.

D'ailleurs l'état ancien de la terminologie n'était pas dû à un simple hasard. Occupateur du domaine public, *missus in possessionem*, possesseur véritable diffèrent par maints endroits, mais aussi parfois se ressemblent. Ils ont droit à des moyens de protection divers, ils peuvent ou non usucaper. Il est cependant un point où ils se rencontrent : ils sont tous détenteurs d'une chose ; c'est ce trait commun, la maîtrise matérielle de la chose, qui caractérise la notion ancienne de la possession. Cette détention doit revêtir dans tous les cas le même aspect : aussi ne faut-il pas s'étonner de retrouver dans la possession des biens accordée *rei servandæ causa* la notion de *custodia* que l'on a surtout étudiée dans les textes relatifs à la possession. Comme le possesseur en effet, le *missus* doit garder la chose qu'il détient : le préteur lui en donne l'autorisation dans son *jussum* et lui en fait même dans son édit une obligation stricte.

Mais qu'est-ce au juste que cette *custodia* ? Savigny en a donné une notion peut-être critiquable (1) ; il y a, selon

1. Savigny, *Traité de la possession*, p. 325 et n. 3. Cf. dans le même sens Stintzing, *Der Besitz*, 1889, p. 5, n. 2 ; Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, 1894, p. 18, n. 26 ; Randa, *Der Besitz mit Einschluss der Besitz-*

lui, deux moyens d'entrer en possession des meubles : on peut placer la chose dans une situation telle que le possesseur entrera facilement en contact avec elle, quand il voudra ; mais le possesseur pourra aussi prendre des mesures spéciales pour la conservation de la chose (*custodia*), notamment la mettre dans un lieu aménagé pour qu'elle soit soustraite à l'appréhension d'autrui (*Aufbewahrungsanstalt*). C'est par exemple faire entrer un cheval dans une écurie, engranger une récolte, loger un esclave ; il faudrait désormais, pour s'en emparer, commettre une effraction. La *custodia* est l'installation de la chose dans un local où elle sera en sûreté.

Baron a combattu cette doctrine (1). Il soutient qu'il n'y a qu'un seul procédé pour entrer en possession d'un meuble, c'est ce procédé que l'on appelle *custodia* et qu'un texte définit (2) :

klagen im öster. Recht, 3^e éd., 1879, p. 319. n. 11 ; Lightwood, *Law Quarterly Review*, 1887, *Possession in the roman law*, p. 47 ; Lenz, *Das Recht des Besitzes*, Berlin, 1860, p. 187 ; Brinz, *Pandekten*, t. I, 1873, p. 61.

1. Baron, *Jhering's Jahrbücher*, t. VIII, *Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes*, p. 83 à 113 et surtout 92 à 102 ; cf. des opinions voisines mais moins nettes dans Piniński, *Der Thatbestand des Besitzerwerbes nach gemeinem Rechte*, p. 149 ; Vermond, *Théorie générale de la possession*, p. 132-135.

2. Paul, l. 54 *ad ed.*, D., XLI, 2, *de adquir. vel amitt. poss.*, 3, 13. — Savigny invoquait surtout à l'appui de son opinion la solution donnée à propos du trésor (Papinien, 23 *quæst.*, D., *eod. tit.*, 44, pr. et Paul, 54 *ad ed.*, D., XLI, 1, *de adquir. rer. dom.*, 31, 1). Celui qui a caché un trésor en reste possesseur, même s'il a oublié la situation précise de la cachette, pourvu qu'il puisse la retrouver, après quelques recherches. Mais, puisqu'il est susceptible de la retrouver après quelques recherches, c'est qu'il peut l'appréhender,

Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sit, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.

La *custodia* n'est donc autre chose que la faculté d'appréhender. En vain Savigny, qui a prévu l'objection, corrige-t-il malgré les manuscrits *id est* en *idem*. Il est certain que les deux procédés qu'il distinguait se confondent en un seul. Il faut prendre la *custodia* dans une acception assez précise ; c'est une surveillance sur la chose, qui la maintient sous l'influence du possesseur et en écarte toute appréhension étrangère. Telle est la conception qui se reflète exactement dans les règles de l'édit relatives à la possession des biens (1):

Qui ex edicto meo in possessione venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant. Quod non poterunt, id auferre et abducere licebit.

Cette *custodia* porte d'ailleurs sur les immeubles aussi bien que sur les meubles. Les textes relatifs à la possession n'en parlent qu'à propos des meubles ; mais ceux qui ont trait à la *missio* sont beaucoup plus généraux (2) ; ils la font porter sur les *bona*, c'est-à-dire sur les fonds de terre ou les maisons aussi bien que sur les effets mobiliers.

à vrai dire avec une certaine difficulté. D'ailleurs, Papinien n'exige pas que le champ où se trouve le trésor n'appartienne pas au possesseur du trésor ainsi que la doctrine de Savigny conduirait à l'admettre.

1. Cic., *Pro Quinctio*, 27, 84. — Cf. Lenel, *Ed. Perp.*², § 213, p. 407.

2. Le créancier à la « *custodia rerum* » et l'« *observatio* ». Voyez Paul, 54 *ad ed.*, D., XLI, 2, de *adq. vel amitt. poss.*, 3, 23; Pomponius, 23 *ad Q. Mucium*, D., XLII, 4, *q. ex c.*, 12.

Mais elle revêt, selon les cas, des formes différentes. Bien des mesures d'appréhension sont possibles aux créanciers. Ils ont même le droit, si le préteur les y autorise, d'apposer leurs cachets sur les objets possédés ; mais cette mesure doit être considérée comme anormale et d'une gravité exceptionnelle, puisque l'on exige une nouvelle démarche auprès du magistrat et une nouvelle décision (1).

La *custodia* est ordinairement accompagnée de la *proscriptio bonorum* ; en entrant en possession, les créanciers doivent placer des enseignes, qui manifestent extérieurement la saisie des biens (2). Certains auteurs ont cependant refusé de reconnaître que cet affichage est contemporain

1. Aucun texte ne parle clairement de cette mesure à propos de la *missio rei servandæ causa* ; mais Modestin (12 resp., D., XLVII, 10, de *injuriis et famosis libellis*, 20) fait allusion à la *signatio* de la maison d'un absent et Ulpien (41 ad ed., D., XXXVII, 9, de ventre *in poss. mitt.*, 1, 24) refuse à l'héritier institué le droit de *signare* en matière de *missio in bona ventris nomine*. Aussi Bethmann-Hollweg (C. P., t. II, p. 675) a-t-il eu raison de conjecturer que la *signatio* était usitée en notre matière. L'obligation de postuler une autorisation du magistrat est attestée par le texte de Modestin et par la rubrique de C., II, 16 (17) : *Ut nemini liceat sine judicis auctoritate signa imprimere rebus, quas alius tenet.*

2. On trouve des définitions de la *proscriptio* : Charisius, II, 15 (éd. Keil, *Grammatici*, 1857-1880, t. II, p. 235, l. 18) : « *Est enim proscribo palam et aperte scriptum pono, ut cum bona alicujus proscribo.* » Cf. Ulp., 28 ad ed., D., XIV, 3, de *inst. act.*, 11, 3 : « *Proscribere palam, sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit.* » Les affiches sont généralement appelées *libelli* ; cf. Cic., *Pro Quinctio*, VI, 27 ; XV, 50 ; Sén. de *benef.*, IV, 11-13. Néanmoins, on trouve également *titulus* ; voyez Tibulle, *Carmina*, II, 4, 53 et 54 :

*Quin etiam sedes jubeat si vendere avitas
Ite sub imperium sub titulumque, Lares.*

de la prise de possession (1). Sur la foi de Théophile (2), ils l'ont cru destiné à publier les principaux articles du cahier des charges, à faire connaître la date de l'adjudication, à attirer les enchérisseurs. Il est vraisemblable en effet qu'une certaine publicité préparait la vente, mais dès la prise de possession, des *libelli* étaient apposés (3). Gaius nous le dit en termes fort clairs (4) et, si quelque doute subsistait encore, la table d'Héraclée le ferait aussitôt disparaître. Elle parle en effet de *possessio* et de *proscriptio* dans une hypothèse où l'édit interdit la vente (5). C'est aussi au début de la possession et sans qu'il fût nullement question des enchères, que Sex. Nævius, dans l'affaire du

1. Voyez par mi les auteurs du xix^e siècle Heimbach, *Weiske's Rechtslexikon*, t. II, 1840, v^o *Bonorum venditio*, p. 348 ; Hartmann, *Contumacialverfahren*, 1851, p. 35 ; Milone, *Il concorso o fallimento, studio di legislazione comparata*, *Archivio giuridico*, t. XVI, p. 173 ; Marracino, *Azione revocatoria o pauliana*, p. 10. — Cette opinion était anciennement très répandue.

2. Théophile, III, 12, pr. : « Καὶ ἐγένετο προσγραφὴ ἐν τοῖς περιφανέσι μέρεσι τῆς ἡμέρας ἔχουσα ταῦτα : « ὁ δεῖνα χρεωστὴς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε δισπράσεως. ἡμεῖς creditores ὄντες τὴν τοῦτου δικαιοπράσκαμεν περισυσὶν ὡνητὴς ὁ βουλόμενος προσιτω. »

3. Cette opinion a été soutenue pour la première fois par Stieber, *De bonorum emtione*, p. 60, dont nous n'avons pu consulter l'ouvrage. Cf. dans le même sens, Bethmann-Hollweg, *C. P.*, t. II, p. 677 ; Huschke, *Nezum*, p. 151 ; Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, p. 103 ; Bachofen, *Pfandrecht*, t. I, p. 297 ; Armuzzi, *Il magister ed il curator bonorum*, *Archivio giuridico*, t. LXXII, p. 483 ; Keller, *Semestria*, p. 79 ; Heffter, *Inst.*, 2^e éd., p. 683 ; Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 182 ; Leonhard, in Pauly-Wissowa, *Realencyclopaedie*, v^o *Bonorum emtio*.

4. Gaius, III, 79.

5. Table d'Héraclée, I, 117.

Pro Quinctio, apposa des affiches sur les biens de P. Quinctius (1).

Mais où plaçait-on ces *libelli*? Les mettait-on sur les biens possédés? ou les placardait-on au centre de la ville, où tout le monde pouvait les lire? Cette dernière opinion paraît la plus vraisemblable. Elle peut invoquer le seul texte qui nous renseigne avec quelque peu de précision: c'est un passage du *Pro Quinctio* selon lequel « *libelli in celeberrimis locis proponuntur* » (2).

Quoique ne s'opérant pas au même endroit, la *proscriptio* est cependant intimement liée à la possession. Cicéron dans le *Pro Quinctio* en fait un élément de l'occupation valable: pour démontrer que les déchéances qui suivent la faillite n'étaient pas encourues par son client, il allègue que les *libelli* ont été arrachés, aussitôt apposés, par Sex. Alfenus et n'ont pas été remplacés (3). Les deux opérations sont étroitement solidaires; on les confond sous le même nom. La stipulation intervenue entre Quinctius et Nævius, l'édit cité par Cicéron ne parlent que de possession; la *proscriptio* y est implicitement comprise.

1. Cic., *Pro Quinctio*, VI, 27.

2. Cic., *Pro Quinctio*, XV, 50. Cf. Bethmann-Hollweg, *C. P.*, t. II, p. 677. Les affiches annonçant les enchères étaient aussi placées en des endroits fréquentés. Voyez le texte de Théophile, cité p. 65, n. 2.

3. Cic., *Pro Quinctio*, VI, 27 : « *Libellos Sex. Alfenus, procurator P. Quinctii, familiaris et propinquus Sex. Nævii, dejicit.* » Cf. Sénèque, *De benef.*, IV, 11-13 : « *Spondeo pro judicato et suspensis amici bonis libellum deicio creditoribus ejus me obligaturus. Ut possim servare proscriptum, ipse proscriptionis periculum adeo.* » Ce danger de faillite vient de l'action que le *missus* peut intenter contre quiconque s'oppose à l'entrée en possession. Si a *missio* est régulière, l'ami dévoué qui arrache les affiches sera condamné et, s'il est insolvable, il pourra à son tour être saisi.

Mais avec le temps, l'état du droit se transforma. Les textes postérieurs distinguent la *proscriptio* de la possession et ils attachent les effets de la faillite à la seconde de ces opérations aussi bien qu'à la première (1). C'est probablement qu'un préteur a dans l'intervalle modifié la formule de l'édit et remplacé *possessa* par *possessa proscriptave*. Cette modification est assez facile à dater; car le *Pro Quinctio* en 81/673 donne l'ancienne tournure et la Table d'Héraclée en 45/709 connaît la nouvelle rédaction. Elle est à peu près contemporaine des derniers cas d'envoi en possession, notamment de la clause « *Qui judicatus prove judicato erit* », et ce n'est peut-être pas un simple hasard: elle appartient à l'époque où la *venditio bonorum* devient une mesure d'exécution des jugements, où elle permet aux créanciers de réaliser le patrimoine de leur débiteur non pas seulement défaillant, mais aussi insolvable. Or ce patrimoine pouvait se composer uniquement de créances; il pouvait ne contenir aucun bien susceptible de possession. Avec la rédaction ancienne de l'édit, la procédure aurait été impossible dans cette hypothèse; la modification introduite permet de poursuivre la vente sans possession préalable; Gaius au III^e siècle après Jésus-Christ enregistre ce résultat (2):

Quamvis possessa non sint bona, quia forte nihil fuerit, quod possideatur, aut sine controversia non possideatur, creditor, qui in possessionem missus est, perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent.

C'est qu'à défaut de possession l'affichage, toujours pos-

1. Voyez Table d'Héraclée, l. 117; Gaius, III, 79 et IV, 102.

2. Gaius, 23 ad ed. prov., D., XLII, 5, de reb. auct. jud. poss., 13.

sible, est suffisant. La *proscriptio* autrefois était un des éléments de la possession des biens ; elle en devient une des formes. C'en est pour ainsi dire la manifestation au grand jour ; elle met en évidence la situation du débiteur insolvable ou récalcitrant ; elle proclame son discrédit. En général, elle accompagne simplement la possession ; mais parfois elle la remplace : le prêteur, indulgent, se contente de l'apparence extérieure, quand la réalité ne peut être exigée.

Ainsi la possession du patrimoine saisi se réalise par deux opérations : la mise en garde des biens corporels et l'apposition des affiches. S'étendait-elle aussi aux droits incorporels ? Aucun texte ne fait allusion à la possession des dettes ni des créances et il n'est pas imprudent d'affirmer qu'elles ne pouvaient être possédées (1). La première raison et la meilleure est que la possession, état de fait, ne peut s'appliquer à des rapports de droit ; c'est un principe du droit romain que les textes affirment avec énergie (2). Sans doute ce principe sur certains points n'a pas subsisté : ainsi l'héritier prétorien, quoique *bonorum possessor*, devient titulaire des créances du *de cuius*. Mais

1. C'est la conséquence des principes généraux, Paul, 54 *ad ed.*, D., XLI, 2, *de adq. vel amitt. poss.*, 3, pr. : « *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia.* » Mais cela résulte aussi d'un texte probablement spécial à notre matière, quoiqu'on puisse l'entendre également du *pignus ex iudicati causa captum*. Javolenus, 23 *ex Cassio*, D., III, 5, *quod cujuscumque universitatis*, 8. — Cf. sur ce texte Naber, *Mnemosyne*, t. XXII, p. 66 ; Solazzi, *Bull. dell Ist. di dir. rom.*, 1904, p. 118 ; Lenel, *Ed Perp.*³, p. 99, n. 1 à 6.

2. Bachofen, *Pfandrecht*, t. I, p. 298 et 299 ; Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 175 ; Cujas (t. IX, col. 1147) avait déjà soutenu cette opinion.

doit-on assimiler à ce point de vue la *bonorum possessio* successorale à la *bonorum possessio rei servandae causa* ? Leur communauté de nom n'est pas seulement une rencontre, mais si à leur orgiue elles se ressemblaient beaucoup, l'évolution postérieure les a fortement différenciées. Les *bona* en effet ne comprenaient anciennement que les *corpora*. On a montré dans les textes du Digeste les traces d'une formation progressive de cette notion (1) : ceux qui donnent une énumération des choses que renfermait le patrimoine ont bien soin de spécifier qu'on y embrasse même les créances (2). N'y a-t-il pas là un souvenir d'un état antérieur du droit où leur admission était discutée ? Les dettes à l'époque classique ne font pas encore à proprement parler partie des *bona*, mais par un adroit détour, on réussit en pratique à les y faire entrer : « *Bona non sunt, nisi deducto aere alieno* » (3). Les dettes viennent en

1. Pernice. *Labeo*, t. I, 1873, p. 345 ; Birkmeyer, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, römische rechtliche Quellenstudien*, Erlangen, 1829, p. 141 à 153 ; Vernay, *Servius et son école*, p. 149 à 151.

2. Marcien, 8 *inst.*, D., XXXVI, 1, ad sen. *Trebell.*, 31 (30), 1 : « *Si quis « bona sua » vel « omnia sua » rogaverit restituere, fideicommissariam restitutionem esse intellegendum est : nam meorum et tuorum appellatione etiam actiones contineri dicendum est* » ; Pomponius, 15 ad *Sab.*, D., XLVI, 6, rem *pupilli vel adolescentis salvam fore*, 9 : « *Cum pupillus a tutore stipulatur rem salvam fore, non solum quæ in patrimonio habet, sed etiam quæ in nominibus sunt ea stipulatione videntur contineri* » ; Paul, 11 ad *ed.*, D., L, 16, de verb. sign., 21 : « *Princeps « bona » concedendo videtur etiam obligationes concedere* » ; Ulp., 59 ad *ed.*, D., eod., 49 : « *Æque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus : nam hæc omnia in bonis esse videntur.* »

3. Paul, 8 *resp.*, D., XXIII, 3, de *jure dotium*, 72, pr. : « *Mulier bona sua omnia in dotem dedit : quæro an maritus quasi heres oneribus respondere*

déduction du patrimoine ; on ne peut se rendre acquéreur de l'actif qu'en se chargeant du passif. Mais il dut y avoir une époque où les droits incorporels étaient exclus du patrimoine et cet état de choses ne devait pas avoir disparu depuis très longtemps, quand les jurisconsultes classiques écrivaient. La notion même des *bona* n'est pas extrêmement vieille. Il est peu probable qu'elle soit de création prétorienne ; mais c'est depuis la loi *Æbutia* qu'elle s'est développée et généralisée (1). A l'époque où fut introduite la *possessio bonorum*, le patrimoine devait encore se borner aux choses corporelles ; l'héritier prétorien aussi bien que le créancier autorisé ne pouvaient posséder ni les dettes, ni les créances. Plus tard, les principes furent modifiés en matière successorale (2),

cogatur. Paulus respondit eum quidem qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri ejus non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto ære alieno » ; Javolenus, 9 *epist.*, D., XLIX, 14, de *jure fisci*, 11 : « *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quæ creditoribus (dimissis) superfutura sunt : id enim bonorum cujusque esse intellegitur, quod æri alieno superest* » ; Paul, 53 *ad ed.*, D., L., 16, de *verb. sign.*, 39,1 : « *Bona ; intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt.* »

1. La plus ancienne mention des *bona* se trouve dans la loi *Pactelia Papiria* (Liv., VIII, 28) ; cf. Mitteis, *Römische Privatrecht*, t. I, 1908, p. 85, n. 34. Mais le mot « *bona* » est fréquemment employé dans l'édit (Lenel, *E. P.*, n° 12, 16, 44, 118, 142, 143, 144, 149, 150, 153, 155, 163, 164, 165, 187, 203, 204, 206, 208, 215, 216, 220, 225, 227. Rubriques des titres XV, XXV, XXXIX, XL, XLI).

2. Girard, *Manuel* ⁴, p. 793. — Il est resté cependant une trace de l'ancien état du droit dans la règle : « *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.* » (Paul, 20 *ad ed.*, D., XLIII, 2, *quorum bonorum*, 2).

mais rien ne prouve qu'un changement quelconque soit intervenu dans la *missio in bona*.

Tout au contraire nous pouvons relever des signes de la survivance des anciennes règles. En effet, si nous ne rencontrons aucun renseignement direct sur les dettes et les créances, Ulpien nous avertit que les registres étaient saisis d'une façon un peu spéciale : ils n'étaient pas possédés en commun par tous les créanciers ; après un inventaire rapide ils étaient remis à l'un d'eux désigné par les autres et ne pouvaient être consultés sans l'autorisation du magistrat. Lorsqu'au moment de la confection du cahier des charges il était nécessaire de se rendre compte de l'importance du passif, un décret permettait à l'un des créanciers de compulser les registres du failli ; mais cette permission ne pouvait être donnée plus de deux fois ; encore fallait-il qu'à la seconde demande, le créancier jurât qu'il n'agissait pas dans une intention injurieuse (1). Si le prêteur apportait tant de soin à maintenir secrets ces registres, n'est-ce pas que leur contenu n'intéressait en rien les créanciers ? S'ils avaient eu besoin de savoir, pour les posséder, quelles étaient les dettes et les créances, ne leur aurait-on pas permis de se renseigner dans les documents qu'ils détenaient sans pouvoir s'en servir ? Aussi leur refuse-t-on le pouvoir de réclamer ces créances, de payer ces dettes. Ces droits incorporels échappent totalement à leur appréhension purement matérielle. Si une action est intentée contre le patrimoine saisi, ils n'ont pas le droit d'y défendre.

1. Ulp., 62 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud. poss., 15. Cf. Ulp., 62 ad ed., D., L, 16, de verb. sign., 56, pr.

Un curateur doit être désigné par le préteur ; et cet auxiliaire de la justice pourra seul se présenter devant les tribunaux au nom de la masse. Plusieurs textes le disent en termes formels (1).

Cependant l'évolution qui introduisait les droits incorporels dans le patrimoine ne tarda pas à produire ses effets dans notre matière. A l'époque classique, ils sont encore exclus de la *possessio* résultant d'une *missio rei servandæ causa*. Mais, dès les origines de la *bonorum venditio*, les dettes et les créances passèrent au *bonorum emptor*. Ce fut le préteur qui donna à l'adjudicataire des actions utiles contre les créanciers et les débiteurs du saisi. Cette réforme n'avait pas pour but de modifier la notion du patrimoine ; cependant elle favorisa l'introduction des *nomina* parmi les *bona* et, au III^e siècle, Ulpien, commentant la rubrique *de bonis possidendis vendundis*, remarque : « *Æque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus persecutionibus* (2). » Dans un domaine voisin, la tendance nouvelle apparut aussi, le légataire envoyé en possession *legatorum servandorum causa* ne peut posséder que des choses matérielles, mais s'il n'y en a pas, le préteur refusera toute action à l'héritier (3) : les créances seront indirectement

1. Paul, 59 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 14, pr. : « *Creditore in possessionem rerum debitoris misso curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sunt.* »

2. Ulp., 59 ad ed., D., L, 16, de verb. sign., 49.

3. Paul, 3 sent., D., XXXVI, 4, ut in poss. leg. vel fideic., 10 : « *Si nullæ sint res hereditariæ, in quas legatarii vel fideicommissarii mittantur, in rem quidem heredis mitti non possunt, sed per prætorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur.* »

saisies ; elles serviront de gage. Ainsi une réforme d'ensemble était préparée. Mais le droit classique n'acheva pas l'œuvre entreprise. Il faut attendre Justinien pour trouver une modification fondamentale des principes.

§ 3. — La sanction du droit de posséder.

La plus ancienne sanction du droit de posséder devait émaner de l'*imperium* prétorien : le magistrat muni de son pouvoir de coercition imposait l'obéissance à ses ordres par des amendes ou des *pignoris capiones* (1). Mais il a dû vite renoncer à ces procédés arbitraires quand la loi *Æbutia* lui a conféré le droit de créer des actions. Certains auteurs (2) ont cru cependant relever l'usage d'une exécution directe de ses ordres dans quelques textes classiques (3).

1. Voyez Girard, *Organisation judiciaire*, t. I, p. 204; Ubbelohde, in Glück, *Ausführliche Erläuterungen*, Serie der B. 43 u. 44, Th. 3, p. 193.

2. Heimbach, *Weiske's Rechtslexikon*, t. II, p. 281; Bethmann-Hollweg, *C. P.*, t. II, p. 676 et 739; Tambour, *Des voies d'exécution*, p. 173.

3. Ulp., 52 ad ed., D., XXXVI, 4, ut in. poss. leg. vel fideicommissorum, 5, 27 : « *Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum (fideicommissarius) aut per viatorem aut per officialem præfecti aut per magistratus introducendus est in possessionem.* » — Ulp., 68 ad ed., D., XLIII, 4, ne vis fiat, 3, pr. : « *Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit.* » Dans ce même paragraphe une seconde allusion est faite à la *persecutio extra ordinem* ; le président Fabre suivi par Krueger (éd. Digeste, p. 730, n. 2) la croit interpolée ; l'interpolation ne nous paraît pas démontrée, quoique la phrase contestée soit visiblement inutile et qu'elle contienne l'expression *per manum militarem* qui trahit un latin de basse époque ; cependant cette expression est étrangère à la langue des constitutions latines de Justinien ; peut-être y a-t-il là une glose introduite dans le texte. Voyez sur ce texte P.-F. Girard, *Cours de Pandectes sur la Procédure*

Relatifs à la *missio fideicommissorum servandorum gratia*, ils permettent aux juges compétents d'installer *manu militari* le fideicommissaire dans l'hérédité. Mais ces mesures, spéciales à la procédure extraordinaire, ne pouvaient être ordonnées par le préteur urbain ; elles restèrent toujours étrangères à la *missio in bona rei servandæ causa* (1).

Le droit classique ne donne au *missus* qu'un seul moyen, une action *in factum*, proposée par l'édit (2) :

Ait prætor : « *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo ejusve, cujus ea jurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum* (3) *judicium, quanti ea res fuit* (4), *ob quam in possessionem missus erit, dabo.* »

extraordinaire, 1906-1907, leçon du 22 février 1907. Au § 1 du même texte, Ulpien parle également d'*executio extra ordinem* dans la *missio Antoniniana* : « *Ceterum poterit uti et executione extra ordinem* ». Cette incise est-elle authentique ? On a quelque raison d'en douter : la *missio* est prononcée ici par un magistrat ordinaire ; nous serions assez portés à croire qu'il y a là une addition des compilateurs. Cependant la question est très obscure.

1. Dernburg, *Ueber die emptio bonorum*, p. 117 ; Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 508 et 511 ; Cuq, in Daremberg et Saglio, v° *Missio in possessionem*.

2. Ulp., 72 *ad ed.*, D., XLIII, 4, *ne vis fiat*, 1, pr. — Ce fragment est en réalité extrait du livre 62 d'Ulpien. Voyez Lenel, *Pal.*, n° 1418 d'Ulpien ; *Ed. Perp.* ², p. 408, n. 8 ; Ubbelohde-Glück, Th. III, p. 192, n. 2.

3. Les mots « *in factum* » sont probablement une glose. Voyez Krueger, 11^e éd. stéréotype du Digeste de Mo., 1908, p. 729, n. 16.

4. Mommsen (11^e éd. stéréotype du Digeste, 1908, p. 719, n. 17) corrige avec raison *erit*, d'après Ulp., *eod. loco*, § 5. Cf. Paul, 2 *quæst.*, D., XLII, 4, *quib. ex causis*, 14, pr. : « *Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, datur in eum actio, quanti ea res sit.* » Si l'édit avait porté « *quanti ea res fuit* », Paul aurait écrit « *quanti ea res fuerit* ». Paul, 57 *ad ed.*, D., XLIII, 4, *ne vis fiat*, 2, pr. dit cependant « *quanti ea res est* ». Voyez en ce sens Lenel, *Ed. Perp.* ², p. 408, n. 12 ; Ubbelohde-Glück, th. 3, p. 192, n. 3.

Le prêteur promet donc une action contre quiconque s'oppose par dol à l'entrée en possession autorisée par le magistrat compétent. Mais l'action serait refusée si la *missio in bona* était nulle pour une raison quelconque ; car la résistance du débiteur ne léserait plus le créancier (1). Elle serait donnée au contraire si la résistance se manifestait non pas au moment de l'entrée en possession, mais alors que le *missus* est déjà installé sur la chose ; le texte de l'édit est silencieux sur ce point, mais une interprétation bienveillante l'a étendu (2).

Cette action revêt un caractère pénal quelque peu atténué. Elle est annale et intransmissible passivement sinon dans la mesure où l'héritier s'est enrichi ; mais elle peut être intentée par l'héritier du créancier envoyé en possession (3). Elle donne droit non pas à une *pœna* supérieure à la valeur du litige, mais à cette valeur elle-même. Comme l'intérêt du litige est exactement mesuré par le montant de la créance, cause initiale de la *missio*, ce sera cette créance qui déterminera les dommages et intérêts dus par le délinquant.

C'est probablement à raison de son caractère pénal et du discrédit dont elle couvrirait celui qui était condamné

1. Ulp., 72 ad ed., D., loc. cit., § 5 : « Proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoverti poterit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est. » On peut rapprocher de ce texte Sén., de benef., IV, 11 où l'auteur ne dit pas : « Ut possim servare proscriptum, ipse proscribar », mais « proscriptionis periculum adeo ».

2. Ulp., loc. cit., § 3.

3. Ulp., loc. cit., § 8.

pour avoir résisté sans raison, que le prêteur a créé un *contrarium iudicium*. Si quelqu'un se plaint à tort qu'on se soit opposé à son entrée en possession, soit parce que son titre est insuffisant, soit parce que son accusation est fausse, on donnera une action contre lui (1). Gaius qui la signale omet d'en indiquer la nature. Cependant il est certain qu'il s'agit d'une action *in factum* et l'on peut conjecturer qu'elle est fort voisine de l'action directe. Mais on est obligé d'avouer qu'on n'en a aucune preuve.

Quoi qu'il en soit, cette action directe semble être la seule arme que le prêteur ait mise à la disposition du créancier envoyé en possession. A vrai dire, de nombreux auteurs ont soutenu qu'ils pouvaient également se servir de l'interdit *ne vis fiat* (2). Aucun texte n'en parle formellement.

1. Ulp., *loc. cit.*, § 5 ; Paul, 2 *quæst.*, D., XLII, 4, *quib. ex c.*, 14, pr. et § 1 ; Paul, 2 *manual.*, D., XLII, 1, *de re judic.*, 51, 1 : « Si quis creditorem missum in possessionem rei servandæ causa non admiserit, si venditor præstiterit creditori, quanti ejus interfuerit, quæsitum est, an debitor liberetur. Et puto improbum esse eum qui velit iterum consequi quod accepit. » Le paiement de la condamnation opère donc extinction de la créance, cause de l'envoi ; elle doit lui être égale. — Le mot *venditor* paraît inexplicable ; diverses corrections ont été proposées : Cujas (*Obs.*, XII, 23 ; t. III, p. 347) lit « *debitor* » ; Mommsen, dans sa grande édition du Digeste (t. II, p. 542, l. 7) propose *creditor* ; Lenel (*Pal.*, n° 1013 de Paul) admet *honorum emptor* ; cette dernière correction est la plus satisfaisante, car elle s'appuie sur les Basiliques, IX, 3, 51, qui dit ἀγοραστής. La faute de la Florentine proviendrait d'une abréviation (*bemptor*) mal comprise par le copiste. Cette conjecture a été adoptée par Krueger (11^e éd. stéréotype du Digeste, p. 715, n. 18) et Ubbelohde (*op. cit.*, p. 202 à 204).

2. Bethmann-Hollweg, C. P., t. II, p. 676 et 739 ; Huschke, *Nexum*, p. 152 ; Armuzzi, *Il magister ed il curator della bonorum venditio*, *Arch. giur.*, t. LXXII, p. 484 ; Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 171 qui confond d'ailleurs l'interdit et l'action. Schmidt, *Interdictenverfahren*, 1853, p. 307

Mais on invoquait la disposition du Digeste : le titre XLIII, 4, porte la rubrique : « *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* » (ce qui est évidemment le début d'un interdit) et contient quatre fragments : le premier et le second se rapportent à la *missio rei servandæ causa* (1) et accessoirement à toutes les autres *missiones* (2) ; le troisième parle de la *missio fideicommissorum servandorum causa*, de la *missio Antoniniana*, de la *missio ventris nomine* ; le quatrième a trait à la *missio damni infecti*. Dans les deux derniers textes, il est question d'un interdit ; dans les deux premiers, d'une action. L'action, que nous avons étudiée, était prévue par l'édit au titre *de bonis possidendis, poscibendis, vendundis* ; elle se rapportait principalement à la *missio rei servandæ causa*. Le texte de l'interdit n'est pas rapporté par le Digeste, mais il paraissait être général ; on en trouvait la preuve dans la variété des *missiones* auxquelles font allusion les commentateurs et dans la rubrique du titre, qui parle d'une manière très large de celui *qui in possessionem missus erit*. L c

remarque qu'il n'est question du *missus rei servandæ causa* qu'à propos de l'*actio in factum* et non à propos de l'interdit ; mais il attribue cette particularité aux hasards de la compilation.

1. Ulp., 62 *ad ed.*, D., XLIII, 4, *ne vis fiat*, 1, § 2 ; Ulp., 68 *ad ed.*, D., *eod.*, 3, 2 ; Ulp., 69 *ad ed.*, D., *eod.*, 1, 2, 3 et 4 ; Paul, 2 *quæst.*, D., XLII, 4, *quib. ex c.*, 14, 1.

2. Ulp., 62 *ad ed.*, D., XLIII, 4, *ne vis fiat*, 1, 2 applique l'édit à toutes les *missiones*. M. Lenel (*Pal.*, t. II, p. 790, n. 3) estime que ce passage est interpolé parce que dans le § 1 Ulpien ne parle que de la *missio rei servandæ causa* ; il croit que le jurisconsulte n'accordait même pas d'action utile. Cette conjecture est assez improbable ; car le § 1, en appliquant l'action à la *missio rei servandæ causa*, ne la limite pas à ce seul cas. Cf. en ce sens, Ubbelohde, *op. cit.*, p. 194.

Mais les travaux de M. Lenel (1) ont révélé la supercherie byzantine que Dernburg et Rudorff avaient déjà devinée (2). Les deux derniers textes sont relatifs à des interdits distincts ; car ils appartiennent à des livres différents du commentaire d'Ulpien. Ces interdits sont au nombre de trois : l'un est donné à celui qui possède les biens *legatorum servandorum causa* ; le second à la femme envoyée *ventris nomine* ; le troisième au *missus damni infecti nomine*. C'est donc artificiellement que Tribonien a réuni ces moyens de droit et leur a donné un titre général. Il n'existait pas d'interdit appliqué à toutes les *missiones* ; la plus grande diversité régnait dans le système prétorien. L'unité factice que présente le Digeste est l'œuvre des compilateurs.

SECTION II

Effets de la possession.

Nous étudierons successivement les effets qui naissent immédiatement de la prise de possession ; puis ceux qui ne se produisent qu'après trente jours. Ces deux études feront l'objet de deux paragraphes.

1. Lenel, *Ed. Perp.*², nos 216, 230, 231, 246. — Cf. Ubbelohde, *op. cit.*, p. 191.

2. Dernburg, *Ueber die Emtio bonorum*, p. 116, qui a tiré surtout argument d'Ulp., 68 ad ed., D., XLIII, 1, *ne vis fiat*, 3, 2 : « *Prætor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est.* » Cf. Rudorff, *Ed. Perp.*, 1869, §§ 225, 226, 247, 269.

§ 1. — Effets immédiats de la prise de possession.

La *missio in bona* crée un état de fait nouveau, mais elle ne modifie nullement les rapports de droit préexistants. Le préteur ne peut rien sur les situations juridiques ; tout son effort laissera théoriquement les choses intactes. Le débiteur reste donc titulaire de son patrimoine : le magistrat a permis de posséder ses biens, de les afficher, de les vendre même ; mais il n'a pu le dépouiller de son titre de propriétaire. Aussi tant que la possession n'est pas réalisée, tant que le créancier n'a pas opéré la saisie, son droit reste entier et il peut librement l'exercer.

Lorsque le *missus* s'est installé sur les biens, les choses changent quelque peu. Sans doute, le débiteur conserve toutes ses qualités : l'édit lui donne le nom de *dominus* (1). Mais la pratique lui refuse bien des facultés que la théorie lui accorde. Le titre nu lui reste ; une partie des avantages qu'il entraîne normalement disparaissent. Le saisi ne peut expulser le saisissant sans s'exposer à une demande en indemnité et, s'il voulait s'opposer à son introduction par des moyens de droit, il n'est pas douteux que le préteur lui refuserait toute action. Il ne faudrait pas croire cependant que le débiteur fût absolument dépouillé. Non seulement on lui laisse la propriété des objets occupés ; mais il en conserve la possession : rien n'est changé dans son *animus*, et le *corpus* lui reste aussi ; car il a le droit de se maintenir sur la chose ; l'édit dé-

1. Cic., *Pro Quinctio*, c. 27, § 84 ; Ulp., 61 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 8, pr. Cf. Lenel, *Ed. Perp.*², p. 407, n. 7.

fend au créancier de l'expulser (1). Si cette prescription était violée, la prise de possession était réputée non avenue. C'est ce qui se produisit dans l'affaire du *Pro Quinctio*. Sex. Nævius fit chasser P. Quinctius du domaine indivis qu'ils avaient en Gaule ; Cicéron s'autorise de ce fait pour démontrer ; que le patrimoine, objet de la *missio*, n'a pas été régulièrement occupé (2). Ces prérogatives théoriques continuent à produire quelques résultats pratiques : le débiteur est gêné dans l'exercice de ses droits par la possession des créanciers ; mais là où cesse cette possession, cesse aussi la gêne qui en résulte. Ainsi les dettes et les créances restent entièrement entre les mains du saisi. Il peut agir ou défendre aux actions intentées contre lui ; bien qu'aucun texte ne le décide expressément, les principes ne laissent sur ce point aucun doute. Enfin certains avantages sont formellement réservés au failli ; lorsqu'un impubère n'est pas défendu *in jure*, le demandeur est envoyé en possession ; mais la vente ne peut avoir lieu avant la puberté ; la possession va donc se prolonger, pendant plusieurs années peut-être ; on oblige

1. L'édit rapporté par Cicéron, *Pro Quinctio*, c. 27, § 84, dit : « *Dominum invitum detrudere non placet.* » Cf. Ulp., 53 ad ed., D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 5, pr. : « *Is cui legatorum fideiœ commissorum nomine non caretur missus in possessionem numquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur : neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur.* » — Ulp., 53 ad ed., D., XXXIX, 2, *de damno infecto*, 15, 20 : « *Si quis autem in possessionem missus nondum possidere jussus sit, an dominus decedere possessione debeat, videamus. Et ait Labeo non decedere, sicuti me cum debitores vel legatarii mittuntur.* »

2. Cic., *Pro Quinctio*, VII, 28.

le créancier à fournir des aliments à l'impubère (1). Ainsi, propriétaire et possesseur des biens saisis, débiteur et créancier comme auparavant, le titulaire du patrimoine garde en théorie sa situation ancienne. Aucune décision ne l'a privé d'aucun droit : il conserve en fait tous les pouvoirs compatibles avec le *jussum* du prêteur.

Tous ses actes sont valables pourvu qu'ils ne lèsent en rien les créanciers. C'est en effet à partir de l'envoi en possession que le prêteur accorde les divers moyens de droit destinés à réprimer la *fraus creditorum*. Avant cet événement, on pourrait bien démontrer l'*animus fraudandi*, la complicité du tiers qui a contracté avec le débiteur ; mais il était impossible de prouver que l'acte frauduleux avait lésé les créanciers. Pour démontrer cet *eventus damni*, on se contente à l'époque classique de la *missio in bona* ; on en fait une présomption irréfragable d'insolvabilité (2).

1. Paul, 5 *sent.*, D., XLII, 5, de *reb. auct. jud.*, 39 : « *Pupillus si non defendatur, in possessione creditoribus constitutis minoribus, ex his usque ad pubertatem alimenta præstanda sunt.* » Ulp., 3 *reg.*, D., *eod. tit.*, 33 : « *Si pupillus ex contractu suo non defendatur ideoque bona ejus creditores possidere cæperint, deminutio ex his bonis fieri debet vescendi pupilli causa.* »

2. L'état des textes sur ce point demande quelques explications. Ulpien, 73 *ad ed.*, D., XLII, 8, *quæ in fraudem*, 10,1 dit : « *Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt.* » Mais nous avons la preuve de la fausseté de ce principe ; car l'édit promettant l'action (Ulp., 66 *ad ed.*, D., XLII, 8, *quæ in fraudem*, 1, pr.), l'accorde au *curator bonorum*, qui joue tout son rôle avant les enchères. Cicéron (*ad Att.*, I, 1,3) parle de la répression d'un acte frauduleux avant la nomination du *magister* et divers autres textes font une allusion plus ou moins explicite à la *possessio bonorum* (Ulp., 66 *ad ed.*, D., XLII, 8, *quæ in fraudem*, 6,7 ; Paul, 62 *ad ed.*, D., *eod. tit.*, 9 ; Venuleius Saturninus,

Les actes antérieurs peuvent donc être attaqués par les ayants droit ; le patrimoine qui va être vendu peut être reconstitué tel qu'il devrait être. Mais la répression de la *fraus creditorum* ne s'applique pas seulement aux actes antérieurs à la *missio* ; elle empêche également le débiteur d'abuser désormais de ses droits pour léser les créanciers. D'ailleurs elle est plus sévère pour la période postérieure à la prise de possession. Un principe général veut que les actes d'appauvrissement puissent seuls être attaqués ; le paiement d'une obligation, faisant sortir du patrimoine une valeur pour la remplacer aussitôt par une autre équivalente, ne devrait pas être soumis à l'action paulienne. Mais la *missio* est l'antécédent nécessaire de la vente en masse ; elle prépare l'exécution, les créanciers peuvent donc espérer que cette exécution s'achèvera, qu'ils recevront tous une part égale du patrimoine vendu. La jurisprudence a transformé en droit cette espérance ; on décide que l'égalité des créanciers s'oppose à la validité du paiement postérieur à la *missio* : « *Qui vero post bona possessa debitum suum recepit hunc in portionem vocandum exaequantumque ceteris creditoribus: neque enim praeripere ceteris post bona possessa cum jam par condicio creditorum facta*

6 *interd.*, D., *eod. tit.*, 8 ; Ulp., 73 *ad ed.*, D., *eod. tit.*, 10, pr.). Comment concilier l'affirmation positive d'Ulpien avec les témoignages indubitables que fournissent les autres textes ? Plusieurs systèmes ont été proposés. Le meilleur nous paraît être celui de M. Solazzi (*La revoca degli atti fraudolenti*, 1902, p. 92 à 95). Le fragment d'Ulpien serait interpolé ; il refléterait non pas l'état du droit classique, mais celui du droit byzantin. L'interpolation se trahit par une tournure lourde « *quorum fraudandorum creditorum causa fecit* » et par la triple répétition des mots « *quorum fraudandorum* ».

esset (1). » C'est une conséquence indirecte de l'envoi en possession et son importance pratique est considérable. Mais elle laisse sauf le principe : le débiteur reste titulaire de tous ses droits.

§ 2.—Effets de la possession prolongée pendant trente jours.

La prise de possession ne produit que des conséquences indirectes ; elle s'oppose en fait au fonctionnement de certaines situations juridiques déjà organisées. Mais quand l'occupation se prolonge pendant un certain temps, des effets nouveaux se produisent ; l'état des choses se trouve profondément modifié.

Le premier résultat qui apparaît est la possibilité de la vente. Le *jussum* permet à la fois la possession, l'affichage et les enchères. Mais le créancier ne peut pas immédiatement user de son droit d'exécuter. Il doit d'abord entrer en possession.

Doit-il aussi afficher les biens ? Ou une seule des deux

1. Ulp., 66 *ad ed.*, D., XLII, 8, *quæ in fraudem*, 6, 7. — Paul, 59 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud. poss.*, 12, pr. parle cependant d'un paiement fait après l'envoi en possession. Si celui qui a demandé le *jussum*, reçoit le paiement de sa créance, l'envoi subsiste néanmoins et profite aux autres créanciers. Paul a l'air de considérer ce paiement comme valable ; il l'est évidemment, s'il émane d'un tiers. Il l'est même, s'il émane du débiteur les autres créanciers auront simplement droit à une indemnité ou à une *restitutio in integrum*. Remarquons d'ailleurs que, si la *missio in bona* disparaissait entièrement, l'action Paulienne ou l'interdit fraudatoire seraient impossibles ; car on ne pourrait démontrer que ce paiement a préjudicié au droit des créanciers.

opérations suffit-elle? Gaius (1) semble dire que les deux sont nécessaires.

Si quidem vivi bona veneant, jubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui per dies XV.

Mais l'indication que ce texte paraît nous donner ne peut être exacte : les autres effets de la possession prolongée se produisent aussi, quand l'affichage seul a été réalisé et Gaius dit formellement qu'en l'absence de biens à posséder, les créanciers sont dispensés de la possession, probablement parce que la *proscriptio* a eu lieu (2). Gaius se sert cependant en général de documents très sûrs et tout porte à croire que les renseignements donnés par lui sont pris dans l'édit lui-même. Comment faire disparaître cette contradiction? Il nous semble hors de doute que l'édit devait contenir quelque chose comme : « *Si quidem vivi bona veneant, uti per dies XXX possideantur et proscribantur ; si vero mortui, per dies XV.* » Mais quoique le prêteur se soit servi de la conjonction copulative *et*, il lui attribue un sens disjonctif et il autorise la vente après l'affichage, sans qu'il y ait eu à proprement parler prise de possession. C'est là une construction assez singulière et qui a dû attirer l'attention des commentateurs. Aussi Paul a-t-il placé dans son livre 59 une longue digression sur les conjonctions copulatives ayant la valeur de conjonctions disjonctives (3) ; cette dissertation se rapporte cer-

1. Gaius, III, 79.

2. Gaius, 23 *ad ed. prov*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud. poss.*, 13.

3. Paul, 59 *ad ed.*, D., L, 16, *de V. S.*, 53. M. Lenel, *Ed. Perp.*, 2, p. 411, n. 2 attribue ce fragment au même titre que nous ; mais il y verrait plutôt, quoi-

tainement à notre passage de l'édit ; car elle vient au titre *De verborum significatione* immédiatement avant certains fragments d'Ulpien et de Paul, qui s'occupent de la composition des assemblées de créanciers et de la nomination du *magister* ; or c'est précisément avant de parler de ces opérations que Gaius indique la nécessité de la *proscriptio* et de la possession. Il paraît bien difficile de ne pas appliquer la remarque de Paul au *et* de Gaius et de l'édit.

Il ne suffit pas d'ailleurs que les affiches aient été apposées, que la possession ait commencé. Cicéron nous montre Sex. Alfenus arrachant les *libelli*, enlevant des mains de Sex. Nævius un esclave qui venait d'être saisi ; il en conclut que les enchères n'ont jamais été possibles (1). Sénèque nous dit qu'on se rendait couramment ce service entre amis (2) et Gaius remarque que la possession ou l'affichage doivent se continuer sans interruption pendant trente jours (*per dies continuos XXX*), s'il s'agit des biens d'un vivant, pendant quinze jours s'il s'agit des biens d'un mort. Ce délai obligatoire a été institué pour permettre au saisi d'obéir aux ordres du magistrat. C'est une survivance dans le système classique de l'état ancien du droit. La *missio* joue pendant ces trente jours le rôle de

que avec beaucoup d'hésitations, un commentaire de « *possessa proscripta* » sans conjonction copulative, ni disjonctive et il attribue à ces deux mots un sens identique à celui que nous leur prêtons ; car il conclut de la remarque de Paul que la *possessio* suffit sans la *proscriptio* et la *proscriptio* sans la *possessio*.

1. Cic., *Pro Quinctio*, XXIII, 73 : « *Etenim si ex edicto possedisti, quæro cur bona non venierint, cur cæteri sponsores et creditores non convenerint?* »

2. Sen., *De benef.*, IV, 11.

contrainte qui autrefois était son unique raison d'être. Lorsque ce délai est expiré, la *bonorum venditio* commence ; c'est une nouvelle procédure avec des formes et des organes distincts.

Mais elle s'ouvre de plein droit sans que le préteur soit obligé d'intervenir. L'opinion contraire a cependant été longtemps soutenue et de nombreux auteurs l'ont admise (1). Ils invoquent un texte de Théophile (2), selon lequel les créanciers font auprès du magistrat trois démarches successives : la première pour obtenir le droit de posséder, la seconde pour demander la permission de préparer la vente, la troisième pour faire autoriser les enchères. Mais ce tableau de la procédure est certainement erroné. Le *jussum* permettait à la fois la possession et la vente ; tous les textes de l'édit l'affirment ; Théophile est seul à le nier. Son erreur peut d'ailleurs fort bien s'expliquer ; sa source est certainement Gaius qui indique en effet trois ordres du préteur ; seulement ces ordres sont contenus dans l'édit ; ils ne forment pas l'objet de décisions spéciales. D'ailleurs à l'époque de Théophile, il fallait, après avoir possédé,

1. Dernburg, *Ueber die Emtio bonorum*, p. 125, n. 1 ; Hartmann, *Contumacialverfahren*, 1851, p. 34 et 35 ; Milone, *Il concorso o fallimento*, Arch. giur., t. XVI, p. 173 ; Voigt, *Ueber die Geschichte des röm. Executionsrechts*, in *Berichte ueber die Verhandlungen der k. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig (Philolog.-hist. Classe)*, 1882, p. 103 ; Voigt, *Röm. Rg.*, t. I, p. 465. — Cette opinion était très répandue anciennement ; elle a été combattue et réfutée par Stieber, *De bonorum emtione*, p. 58 et 59, suivi par Heimbach, in *Weiske's Rechtslexikon*, v° *bonorum venditio*, t. II, p. 348.

2. Théophile, III, 12, pr. : « Παρελθουσῶν δὲ κελεύων τῶν ἡμερῶν, ἐγίνετο δευτέρα προσέλευσις ὑπ' αὐτῶν αἰτούντων, ὥστε αὐτοῖς ἐξουσίαν εἶναι ἐκ αὐτῶν, προβάλλεσθαι τὸν ὀφείλοντα διαπωλῆσαι τὴν οὐσίαν. »

solliciter pour vendre une autorisation du magistrat. A l'époque classique, au bout de trente jours les créanciers peuvent être convoqués pour nommer un *magister*, sans que le préteur ait à intervenir.

On avait prouvé que le débiteur était insolvable ; on pouvait l'exécuter : mais il restait toujours titulaire de son patrimoine ; il conservait ses actions et le droit de se défendre en justice. Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, il devait fournir la *satisfactio judicatum solvi*. Tout le *Pro Quinctio* traite de cette obligation. On connaît l'affaire : P. Quinctius était en procès avec Sex. Nævius ; plusieurs *vadimonia* avaient déjà été conclus sans que ce dernier se décide à comparaître *in jure*. P. Quinctius, appelé en Gaule par ses affaires, quitte précipitamment Rome ; à peine est-il à Volaterræ que Nævius averti se présente devant le préteur, fait constater par témoins le défaut de son adversaire et obtient à ce titre l'envoi en possession. Sex. Alfenus, ami de Quinctius et son *procurator omnium rerum*, s'oppose à l'entrée en possession et offre de soutenir le procès à la place de l'absent, mais il refuse de prêter la *cautio judicatum solvi* due par tous les représentants judiciaires et ne peut ainsi anéantir le *jussum* d'envoi. Alors les tribuns, sollicités par lui, s'interposent et obtiennent d'Alfenus un nouveau *vadimonium* pour les ides de septembre. Quinctius rentre à Rome et se présente devant le préteur Dolabella à la date convenue. Ce qui se passa alors, Cicéron nous le rapporte en ces termes (1) :

1. Cic., *Pro Quinctio*, VIII, 30. — Il y a dans ce passage deux textes officiels : l'un est la stipulation intervenue entre P. Quinctius et Sex. Alfenus ;

A Cn. Dolabella denique prætore postulat (Sex. Nævius), ut sibi Quinctius judicatum solvi satisdet, ex formula : Quod ab eo petat, quojus ex edicto prætoris bona dies XXX possessa sint. Non recusabat Quinctius quin ita satisfacere juberet, si bona possessa essent ex edicto. Decernit : quam æquum nihil dico, unum hoc dico ; novum et hoc ipsum tacuisse mallet, quoniam utrumque quis intelligere potuisset : jubet P. Quinctium sponsionem cum Sex. Nævio facere. Si bona sua ex edicto P. Burnieni prætoris dies XXX possessa non essent.

Ce texte nous permet de déterminer dans quel cas le débiteur est obligé de fournir la *cautio judicatum solvi*. Il faut qu'un *jussum* ait été rendu, qu'il soit valable, que l'occupation ait eu lieu, que le *missus* se soit conformé à toutes les règles de l'édit et que sa possession se soit prolongée pendant trente jours. Ces conditions sont également indiquées par Gaius, mais avec quelques variantes (2) :

l'autre est appelé « *formula* ». Quelle est cette *formula* ? M. Duquesne (*Mélanges Gérardin*, 1907, p. 223) estime que c'est un fragment de la formule de la *cautio J. S.* affichée sur l'album, une sorte de *demonstratio* précédant la stipulation elle-même. M. Lenel (*Ed. Perp.* ³, p. XV) croit au contraire que le mot *formula* vise d'une manière assez vague la prescription de l'édit. La première opinion nous semble plus conforme au sens normal du mot *formula*. D'ailleurs nous avons une autre preuve de ce que la *satisfactio* faisait allusion à la cause en vertu de laquelle on la prêtait : c'est dans Ulp., 65 *ad ed. D.*, XLII, 7, *de cur. bonis dando*, 2, 1 que nous la trouvons ; d'après ce texte, la caution indiquait la personne au nom de laquelle le représentant judiciaire comparait en justice ; cela prouve l'existence d'une sorte de *demonstratio*, où étaient brièvement relatées les circonstances de l'affaire. Pourquoi la *formula* que cite Cicéron ne serait-elle pas justement cette *demonstratio* ?

2. Gaius, IV, 102.

Quodvis proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet, quas ipse prætor significat. Quarum satisfactionum duplex causa est ; nam aut propter genus actionis satisfatur, aut propter personam, quia suspecta sit ;... propter personam, veluti si cum eo agitur, qui decoxerit, cujusve bona a creditoribus possessa proscriptæ sunt, sive cum eo herede agatur, quem prætor suspectum æstimaverit.

Gaius impose la *satisfactio* à toute personne dont les biens ont été régulièrement possédés ; mais il se contente de la *proscriptio* et il n'exige pas que le patrimoine ait été occupé pendant trente jours. La première divergence s'explique facilement par les raisons historiques exposées plus haut. Mais comment expliquer la seconde ? Elle est trop minuscule pour que l'on puisse songer à une modification de l'édit entre le 1^{er} siècle avant Jésus-Christ et le 11^e après. Mais, d'autre part, les sources des deux auteurs qui nous renseignent sont excellentes. L'un cite textuellement un document officiel, l'autre se sert de l'édit qu'il connaît et comprend à merveille (1). Quoique la différence entre les deux textes soit assez faible, l'excellence des sources utilisées de part et d'autre rend le problème particulièrement délicat et difficile.

Remarquons cependant que Cicéron doit être préféré à Gaius. Il cite en effet mot pour mot un texte officiel, tan-

1. Gaius indique d'ailleurs sa source (*significat prætor*) et comme, dans les paragraphes précédents, il commente d'autres dispositions du titre de *satisfactio*, la place de la clause qui nous intéresse ne saurait être mise en doute.

Cf. Rudorff, *Ed. Perp.*, p. 67, § 51 ; Lenel, *Ed. Perp.* 2, p. 135, § 51.

dis que Gaius analyse seulement l'édit (1). En second lieu, il est probable que le texte de Gaius a été altéré par des scribes ignorants ; cette altération se révèle par quelques fautes de grammaire. La concordance des modes est mal établie ; on distingue dans cette phrase un peu compliquée (de *veluti* à la fin) deux sortes de verbes : les uns dépendent de *si* ; ils énoncent une simple possibilité, sans nuance potentielle ou irréelle ; ils doivent être à l'indicatif (2). Les autres verbes appartiennent à des propositions relatives, dépendant elles-mêmes de propositions conditionnelles ; en vertu des règles de l'accord des modes, ces verbes doivent être au subjonctif. Or des deux verbes de la première catégorie, l'un est au subjonctif ; et des trois de la seconde, l'un est à l'indicatif. Ce sont fautes légères et dont on ne saurait faire supporter la responsabilité à Gaius, mais qui trahissent nettement la négligence du copiste. Pourquoi n'aurait-il pas aussi bien tronqué le texte qu'il devait reproduire et supprimé les mots *ex edicto prætoris* et *XXX dies* ? De cette manière, disparaîtraient toutes les différences qui séparent Cicéron de Gaius.

Les conditions ainsi déterminées sont précisément celles auxquelles est subordonné le droit de vendre. La

1. On ne saurait tirer argument, pour confirmer le renseignement de Gaius, d'Ulpien, 3 *reg. , D.*, XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 33, 1. Car ce texte parle sans précision. Il a même été soupçonné d'interpolation par Keller, *Semestria*, p. 111 à 113 ; mais ce soupçon paraît peu sérieux, le droit de Justinien n'étant pas sur ce point incompatible avec le droit classique.

2. A vrai dire, l'édit devait employer le subjonctif, car il manifeste une prédilection pour la tournure potentielle, mais que Gaius ait employé le subjonctif ou l'indicatif, le manuscrit n'en est pas moins fautif.

satisfactio judicatum solvi devient obligatoire au moment même où la vente devient possible. C'est que, dit Gaius, le débiteur devient alors une *persona suspecta*. Le sens de cette formule n'est pas très clair : pourquoi soupçonne-t-on le saisi ? Est-ce sa solvabilité qui est douteuse ? ou sa bonne foi devient-elle problématique ? Les deux opinions ont été soutenues. Muther (1) a cité un certain nombre de textes (2) et montré que, dans l'usage courant, le mot *suspectus* s'applique à des personnes dont l'honneur n'est pas intact, dont la parole peut être suspectée. Mais cette interprétation ne paraît pas très exacte (3). Certes la *missio in bona* a montré que le débiteur était homme à ne pas tenir ses engagements ; mais elle a également établi qu'il en était matériellement incapable, puisqu'il ne les a pas tenus malgré la contrainte. C'est une épreuve qui a manifestement démontré son insolvabilité. Le failli est soumis à la *satisfactio*, non parce qu'il a été de mauvaise foi, mais parce qu'il ne pourra pas payer le montant de la condamnation. Ce n'est pas lui à proprement parler, ce sont ses facultés qui sont suspectes (4).

Mais il ne faudrait pas pousser trop loin la distinction. L'insolvabilité réagit sur l'honneur ; elle entache l'*existimatio*. La personne suspecte devient infâme. Les compi-

1. Muther, *Sequestration und Arrest*, 1856, p. 389.

2. Cic., *de off.*, II, 9 ; Térence, *Eun.*, v. 514 ; Ulp., 71 *ad ed.*, D., XLIII, 30, *de lib. exhib.*, 3, 4 ; Ulp., 71 *ad ed.*, D., XLIII, 29, *de homine lib. exhib.*, 3, 10 ; Paul, *l. sing. de officio adsectorum*, D., III, 4, *de proc. et def.*, 73. Muther invoque également l'expression *crimen suspecti tutoris*.

3. Voyez en ce sens Keller, *Civilprocess*, éd. Wach, p. 287, n. 671.

4. Gaius, II, 154, parle de *facultates suspectæ* conduisant à la *bonorum venditio*.

lations de Justinien nous ont conservé un certain nombre de textes qui rattachent l'infamie à la vente (1) : celui dont le patrimoine a été vendu aux enchères ne peut pas conserver intacte sa réputation ; il subit certaines déchéances. Mais juridiquement l'infamie n'est-elle pas encourue avant les enchères ? N'est-elle pas plutôt une conséquence de la possession prolongée pendant trente jours ? La Table d'Héraclée nous renseigne à ce sujet (2) :

Quojusve bona ex edicto ejus, qu(ei) j(ure) d(eicundo) praefuit praefuerit, — praeterquam rei quojus quom pupillus esset reive publicae causa abesset neque d(olo) m(alo) fecit fecerit quo magis r(ei) p(ublicae) c(aussa) a(besset), [possessa proscriptave sunt erunt] possessa proscriptave sunt erunt.

1. Gaius, II, 154 : « *Ignominia quæ accidit ex venditione honorum* » ; Alex. Sévère (113), C., II, 11, *de causis ex quibus infamia alicui inrogatur*, 11 : « *Debitores, qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.* » Cf. Pline, *Ep.*, VIII, 18 : « *Quin etiam Domitius Afer, qui illos in nomen adsumpsit, reliquit testamentum ante decem et octo annos nuncupatum adeoque postea improbatum sibi, ut patris eorum bona proscribenda curaverit. Mira illius asperitas, mira felicitas, hominis illius asperitas, qui numero civium excidit quem socium etiam in liberis habuit, felicitas horum, quibus successit in locum patris, qui patrem abstulerat.* »

2. Tab. d'Héraclée, l. 115 à 117. — La possession des biens n'entraînait pas seulement l'infamie prétorienne ; mais aussi l'exclusion du Sénat par le censeur (cf. Willems, *Le Sénat romain*, t. I, 1878, p. 217 ; Greenidge, *Infamia*, 1894, p. 27 ; Legras, *La Table d'Héraclée*, 1907, p. 125 et 127). La preuve s'en trouve pour les sénats municipaux dans le fragment cité de la Table d'Héraclée et pour le Sénat romain dans l'histoire d'Antoine, le consul de 63, qui, ayant fait faillite (Q. Cic., *De petitione consulatus*, 2, 8 ; Asconius, *in or. in toga candida*, éd. Or., p. 84) fut exclu du Sénat par les censeurs Lentulus et Gellius en 70 (de Boor, *Fasti censorii*, 1873, p. 27 ; Klebs, *in Pauly Wissowa*, v° *Antonius*, t. I, p. 2578).

Il faut remarquer tout d'abord le lien qui unit le droit de vendre à l'infamie : quand les créanciers ne peuvent réaliser le patrimoine, l'*existimatio* n'est pas atteinte. Aussi certains textes, parlant en général et sans préciser, ont-ils pu dire que la vente entraînait l'infamie. Mais la Table d'Héraclée a plus d'exactitude et plus de rigueur : il suffit que les biens aient été affichés *ex edicto*.

Ici une singularité nous arrête : il n'est pas question du délai de trente jours et cependant l'infamie est une conséquence du droit de vendre. Cicéron d'ailleurs relève dans le *Pro Quinctio* que l'honneur de son client est en jeu (1). Or que s'efforce-t-il de démontrer ? Il ne prétend pas que Nævius n'a fait aucun acte d'appréhension ; il n'allègue pas que l'affichage n'a pas eu lieu. Au contraire il l'enregistre consciencieusement. Mais il apporte la preuve que cette possession, cet affichage ne se sont pas prolongés, qu'ils ont cessé presque aussitôt que commencé. Il en conclut : Quinctius n'est pas infâme. Il est donc de toute évidence que l'infamie n'était pas encourue immédiatement, mais après un délai de trente jours.

Cependant la Table d'Héraclée donne un texte de loi, un texte officiel d'une scrupuleuse exactitude, conforme en général à l'édit du préteur. Comment expliquer pareille omission ou pareille erreur ? Keller a émis une conjecture fort vraisemblable (2). La loi renvoie à l'édit ; les biens

1. Cic, *Pro Quinctio*, II, 8 : « *caput alterius, famam fortunisque defendam* » ; VI, 26 ; VIII, 31 ; IX, 32 ; XIII, 44 ; XIV, 46 ; XV, 40 ; XVI, 51 ; XXII, 71 ; XXXI, 96.

2. Keller, *Semestria*, p. 100 à 113 ; cf. dans le même sens Bethmann-Hollweg, *C. P.*, t. II, p. 679 et 680 ; Leonhard, in Pauly-Wissowa, v° *Bonorum emptio*. — En sens contraire : Greenidge, *Infamia in roman law*, p. 136 et 137.

de l'infâme ont dû être possédés ou affichés *ex edicto*, c'est-à-dire conformément à toutes les clauses de l'édit, non pas seulement à celles relatives à la validité de l'envoi ou à la régularité de l'entrée en possession, mais aussi aux clauses du titre *de postulando*, qui exigeaient la continuation de la possession pendant trente jours, pour que l'infamie fût encourue (1).

Ainsi au bout de trente jours, spontanément, sans que le préteur intervienne, sans qu'aucune demande soit nécessaire, la *bonorum venditio* devient possible; le failli est suspect et infâme. La possession continue cependant avec les mêmes caractères, avec la même organisation : elle a produit indirectement certains effets ; mais elle ne subit aucune altération. Les mêmes principes continuent à s'appliquer dans les mêmes conditions.

On a prétendu cependant que les créanciers devenaient possesseurs juridiques de la chose (2). Leur pouvoir de détenir se métamorphoserait en droit d'usucaper ; ils acquerraient les interdits et la faculté d'expulser leur débiteur. A côté de l'exécution rapide qu'offre la vente aux enchères, il y aurait donc une exécution plus lente, qui permettrait aux créanciers de devenir propriétaires par une possession

1. Le *Pro Quinctio* emploie les mots *ex edicto* dans ce sens, XXIII, 73 : « *Elenim si ex edicto possedisti, quæro cur bona non venierint, cur ceteri sponsores et creditores non convenerint* » ; XXIX, 88 : « *Quæsi vi quæ causa fuisset an bona non venissent, quum ex edicto possiderentur.* »

2. Hartmann, *Contumacialverfahren*, p. 34 et 35 ; Voigt, *Geschichte des Executionsrechts*, p. 103 et 104 ; Voigt, *R. Rg.*, t. I, p. 464. Selon Voigt, la *missio* changerait de nom au bout de trente jours et après un deuxième décret deviendrait la *missio ex secundo decreto in bona rei vendendæ causa*.

longtemps prolongée. Aucun texte ne confirme directement ce système ; les Romains ne l'ont jamais formulé. Le seul argument que l'on ait invoqué est tiré de l'analogie entre la *missio rei servandae causa* et la *missio damni infecti nomine*. Lorsque la ruine d'un édifice menace la propriété voisine, le propriétaire menacé peut se faire envoyer en possession de l'édifice ; cette possession opérera une pression sur le voisin négligent, mais si au bout d'un certain délai, des réparations suffisantes ne sont pas faites ou une caution prestée, un second décret confère au *missus* la possession juridique, la propriété prétorienne et le droit de faire lui-même les réparations (1). Ces règles paraissent très spéciales et adaptées avec beaucoup de précision au but particulier que la *missio damni infecti* veut atteindre. D'abord mesure de contrainte comme la *missio rei servandae causa*, elle se soumet pendant la première phase à des règles analogues. Mais quand on arrive à l'exécution, à la réalisation par la contrainte du but poursuivi, les deux procédures divergent. L'une veut éviter le dommage résultant de la ruine d'un édifice ; l'autre recherche le paiement au moins partiel de créances. Elles emploient, pour obtenir des résultats différents, des moyens dissemblables. Aucune analogie ne peut être établie entre elles.

1. Ulp., 53 ad ed., D., XXXIX, 2, de damno infecto, 15, 16.

CHAPITRE II

L'administration des biens saisis

Les biens saisis ne sont jamais vendus immédiatement ; souvent même, les enchères sont reculées au delà des délais inférieurs fixés par l'édit. Certains actes d'administration peuvent devenir urgents pendant cette période. Le débiteur pourrait sans doute les accomplir, puisqu'il n'est pas dessaisi ; mais il s'y refusera la plupart du temps : la *missio* est destinée à le gêner ; les créanciers vont vendre son patrimoine ; peu lui importe que sa valeur soit diminuée par le défaut de quelques actes indispensables. Seuls les créanciers ont intérêt à les accomplir ; mais le *jussum* du prêteur ne leur accorde que le droit de posséder ; ils seraient réduits à l'impuissance, si l'édit n'avait complété le système de la possession des biens en organisant l'administration des biens saisis (1). Il accorde directement

1. Les règles sur l'administration des biens sont posées au titre de *bonis possidendis* ; néanmoins M. Girard (*Cours de Pandectes sur le titre De Verbo-nem Significatione*, 1908-1909) a émis l'hypothèse que certaines règles spéciales à la *missio* prononcée contre l'*in jus vocatus* pouvaient se trouver au titre de *in jus vocando*.

Un fragment du commentaire d'Ulpien sur ce titre (5 *ad ed.*, D., L, 16, De V. S., 9) définit le mot *perisse* en rapportant une note de Marcellus sous Julien : « Marcellus apud Julianum notat verbo «perisse» et scissum et frac-

certains pouvoirs aux créanciers en possession ; mais il réserve le droit d'accomplir les actes les plus importants à un curateur nommé par le magistrat. Nous étudierons ces deux organes de l'administration dans deux sections de ce chapitre.

SECTION I

Les créanciers administrateurs des biens saisis.

L'édit règle les attributions des créanciers dans deux clauses différentes : l'une fixe leurs obligations pendant la durée de la possession ; l'autre organise les règlements de compte qui suivront la fin de la saisie.

La première ne nous a pas été conservée dans son intégralité ; nous la connaissons par le commentaire détaillé qu'en donne Ulpien (1). Le fragment du Digeste qui

tum contineri et vi raptum. » C'est probablement que le mot *perisse* se trouve dans l'édit. Après avoir montré qu'il ne peut se trouver dans aucune des clauses relatives aux actions promises à ce titre, M. Girard émet l'hypothèse que, dans le cas prévu au titre de *in jus vocando*, le prêteur rendait le *missus* responsable de sa simple faute, alors que, selon l'édit de *bonis possidendis*, il n'est responsable que de son dol. Cette conjecture nous paraît séduisante ; néanmoins dans l'état actuel des textes, il est assez difficile de se prononcer.

1. Ulp., 61 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 8, §§ 1 à 4 : « 1. Si quis fructus ex prædio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem prædii missus est, vendere vel locare debet : sed hoc ita demum, si ante neque venierit neque locatus erit. Nam si jam a debitore vel locatus erat vel venierat, servabit prætor venditionem et locationem a debitore factam, etsi minoris distractum est vel locatum, nisi si in fraudem creditorum hoc fiat : tunc enim prætor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

« 2. Deceterarum quoque rerum fructibus idem erit dicendum, ut, si qui

contient ce passage donne au créancier le droit de vendre ou de louer les produits du fonds. A croire ces renseignements, on permettrait donc au saisissant de récolter lui-même les fruits et de les vendre ou d'affermier l'immeuble. Cependant on a relevé dans ce texte quelques bizarreries, qui peuvent en faire soupçonner l'authenticité : les manuscrits du Digeste font dire à Ulpien tantôt « *locare vel vendere* », tantôt « *vendere vel locare* », tantôt seulement « *locare* ». Or ces trois expressions ne peuvent s'être trouvées à la fois dans l'édit; Ulpien n'a certainement employé que l'une d'elles : le texte qui nous est rapporté ne peut être exact.

Mais comment le restituer? On admet généralement qu'il parlait de *locare vel vendere*. Les autres formules seraient l'œuvre des compilateurs. Ils auraient tout d'abord changé *locare vel vendere* en *vendere vel locare* (1). Ils auraient

locari possint, locentur puta mercedes servorum vel jumentorum celerorumque, quae possint locare.

« 3. *De tempore locationis nihil praetor locutus est et ideo liberum arbitrium creditoribus datum videtur, quanto tempore locent, quemadmodum illud est in arbitrio eorum, vendant vel locent, scilicet sine dolo malo : ex culpa autem rei fiunt.*

« 4. *Si unus sit qui possideat bona, expeditum erit de locatione : quod si non unus, sed plures sint, quis eorum debeat locare vel vendere, quaeritur. Et si quidem convenit inter eos, expeditissimum est : nam et omnes possunt locare et uni hoc negotium dare : si vero non convenit, tunc dicendum est praetorem causa cognita eligere debere, qui locet vel vendat. »*

Les observations qui vont suivre se rapportent également au § 6 du fr. 9. de notre titre.

1. Gradenwitz, *Interpolaz. e interpret.*, Bull. dell'Ist. di dir. rom., t. I, p. 8; Solazzi, *L'editto « de fructu praediorum vendendo locandove »*, in *Studi di diritto romano...* pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento, t. I, p. 665; Lenel, *Ed. Perp.*, 2, p. 407, n. 7.

ensuite, dans la fin de notre fragment, ajouté la mention de la *locatio* à des formules neutres, abstraites pour en préciser le sens (1).

Ces interpolations, ainsi conçues, paraissent singulièrement maladroitement et inutiles ; elles ne rendent le texte classique ni plus clair, ni plus élégant. Elles ne correspondent ni à une modification des principes juridiques, ni à un changement quelconque de la terminologie. On ne s'explique guère pourquoi les compilateurs les auraient faites.

Aussi préférons-nous rejeter cette doctrine et admettre une modification plus radicale et plus intelligente du texte. Ulpien parlait seulement de *locatio* ; l'édit ne prévoyait pas la vente des fruits, l'exploitation du fonds saisi par le saisissant lui-même. Les compilateurs ont voulu lui permettre de réaliser les fruits qu'il avait récoltés sans recourir à un fermier : ils ont procédé à des interpolations ; mais, avec leur maladresse coutumière, ils ont laissé comme traces de leur intervention quelques irrégularités de langage : ils ont placé *vendere* tantôt avant *locare* et tantôt après (2). Mais c'est à peu près à cela que s'est bornée leur œuvre. Ils n'ont guère modifié le fonds du commentaire : toutes les remarques que suggère à Ulpien l'étude de l'édit se rapportent à la *locatio* ; Tribonien n'a rien ajouté d'original.

A deux endroits cependant, il a introduit des allusions au choix qu'on peut faire entre la location et la vente.

1. Solazzi, *op. cit.*, p. 665 à 668 ; Lenel, *eod. loc.*

2. Les compilateurs se sont en outre servis à deux reprises du mot *distrahere*, qu'ils ont ajouté à *locare* que contenait le texte classique, dans le § 1 de notre fragment et dans le § 6 du fragment 9.

Quand Ulpien dit que le préteur maintiendra à l'égard des créanciers les engagements pris par le débiteur, le texte ajoute une réserve: « *Nisi si in fraudem creditorum hoc fiat: tunc enim prætor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.* » Mais cette réserve est inutile, puisqu'elle n'est que l'application du droit commun (1); elle forme à la fin de la phrase un appendice inélégant que relie au développement principal une tournure familière aux compilateurs (*nisi*) (2). C'est aussi par sa jonction au texte classique que se trahit plus loin une autre addition byzantine: « *Quemadmodum illud est in arbitrio eorum, vendant vel locent.* » Le *quemadmodum* permet aux compilateurs de rappeler leur innovation sans contrarier le raisonnement d'Ulpien.

D'ailleurs nous avons, de la nouveauté de cette option, une preuve beaucoup plus sûre. C'est un fragment d'Ulpien contenu au titre *de usuris et fructibus*:

1. Ce point a été vivement contesté par M. Solazzi, *Sull'editto...*, p. 680 ss. qui y voit une *restitutio in integrum* spéciale à notre hypothèse. Cette opinion doit être rejetée, car elle n'est que la conséquence d'une erreur; M. Solazzi (*La revoca degli atti fraudolenti*, p. 43) se refuse en effet à admettre l'existence de la *restitutio ob fraudem* générale, cependant attestée par les Institutes IV, 6, *de actionibus*, 6 (voyez en ce sens Girard, *Manuel*⁴, p. 422); M. Girard en a même trouvé des traces dans Valerius Probus (voyez Girard, *Valerius Probus, un document sur l'édit antérieur à Julien*, 1907 (tirage à part de *Aus röm. und bürgerl. Recht. Festschrift für Bekker*), p. 11).

2. Voyez Heumann-Seckel, *Handlexikon*, 1907, v^o *nisi*, p. 367 à 368: « Viele Nisi-Sätze, namentlich nachhinhende, sind in den Digesten, einzelne auch im Kodex interpoliert », et les auteurs donnent à l'appui de cette allégation une longue liste de textes interpolés, où *nisi* introduit un membre de phrase ajouté par les compilateurs.

3. Ulp., 61 *ad ed.*, D., XXII, 1, *de usuris et fructibus*, 36.

Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.

Sous cette forme, le texte pose un principe général ; il assimile entièrement les fruits civils aux fruits naturels. Mais son sens primitif est tout à fait différent : extrait du livre 61 d'Ulpien, il se rapporte à l'édit *de fructu locando* ; il signifie seulement qu'à la fin de la possession, le saisissant qui restituera les loyers sera libéré de l'obligation de restituer les fruits. Le prêteur en effet donnait au *bonorum emptor* une action *in factum* pour obtenir les fruits en nature et c'était par une dérogation spéciale que les juriconsultes leur assimilaient les loyers (1). Notre texte parle en effet uniquement de *pensio* ; c'est-à-dire de paiement périodique, à termes séparés par un égal espace de temps (2) ; il ne fait aucune allusion au prix de vente des fruits naturels. C'est donc un principe purement byzantin qui est développé dans le fragment 8 (*De b. auct. jud. poss.*). Le droit classique n'a jamais autorisé le créancier à exploiter lui-même et à vendre les fruits récoltés.

1. Ulp., 62 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 9, pr. : « Prætor ait : « Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus cepit ; ei, ad quem ea res pertinet... de ea re iudicium in factum dabo. »

2. Voyez Brisson, *De verb. signif.*, Halae, 1743, v° pensio : « Pensio proprie est merces inhabitationis ædium alienarum, quæ Græce ἐνοίκιον dicitur. Cujus significationis cum frequentia sint in titulo Locati exempla colligendi labore supersedebo. Pensio etiam præstationem temporibus et terminis, ut vulgo loquimur divisam significat. » Cf. dans le même sens Dirksen, *Manuale latinitatis*, 1837, v° pensio ; Heumann-Seckel, *Handlexikon*, eod. verbo, p. 416.

Le prêteur est cependant très large ; il permet au *missus* d'accomplir une foule d'actes intéressant les biens possédés ; c'est une *negotiorum gestio*, puisque le créancier n'a aucun mandat. Cependant ces actes ne rentrent pas dans le droit commun de la gestion d'affaires ; car il ne s'agit pas à proprement parler de l'administration des intérêts d'autrui. Sans doute, la chose dont s'occupe le saisissant est la propriété du saisi ; mais il l'administre à son profit, afin d'augmenter le prix que lui en donnera le *bonorum emptor*. On lui refusera donc l'action *negotiorum gestorum* (1). L'équité exigeait néanmoins qu'il fût indemnisé de ses impenses ; aussi le prêteur a-t-il dans un édit spécial proposé une action *in factum* en restitution des impenses (2). Tout ce que le créancier aura dépensé sans dol devra lui être remboursé.

D'ailleurs ces pouvoirs ne sont pas illimités. A vrai dire aucun texte n'interdit formellement certains actes aux créanciers. Mais cette interdiction résulte implicitement des fonctions attribuées au curateur. On nous dit : lorsqu'il est nécessaire d'intenter une action du failli, lorsqu'il faut aliéner d'urgence certains objets saisis ou payer une dette particulièrement lourde, la nomination d'un curateur devient indispensable. C'est donc que ces actes ne pourraient

1. Ulp., 62 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 9, 4 : « *Nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune ædificium fulsit, quia hic quoque creditor commune non alienum negotium gessisse videtur.* »

2. Ulp., *eod. loc.*, 9 pr. : « *Prætor ait : « ...sive, quod impensæ sine dolo malo fecerit ei non præstabitur... de ea re judicium in factum dabo.* » Cf. Windscheid-Kipp, *Pandekten*, t. II, § 431, n. 14, p. 869 ; Girard, *Manuel*¹, p. 625 ; Bertolini, *Appunti didattici*, 1905 à 1903, p. 1037 s.

être accomplis par les saisissants autorisés seulement à posséder.

Mais cette conséquence, qui découle logiquement des principes, ne va pas sans difficulté. C'est Ulpien qui nous dit : or?

Et qui itaque creditori adversus hos dabitur actio, quos enumeravimus, sive quid in fructibus percipiendis erogavit, sive in familia alenda curandave, prædiis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto promittendo vel servo noxali judicio defenso, si modo non magis eum expedit dedere quam retinere.

Les impenses énumérées se rapportent toutes à des objets saisis ; la dernière cependant prête à quelque difficulté. Si un esclave a été défendu à une action noxale, le texte accorde au créancier une action en remboursement des frais. Or les actions, aussi bien au point de vue passif qu'au point de vue actif, ne peuvent être possédées. Sans doute le créancier a le droit, comme toute personne, d'agir ou de défendre au nom de son débiteur, il n'a pour cela qu'à prêter les cautions exigées des représentants judiciaires agissant sans mandat. Mais il n'aura pas, comme ces derniers, l'action *negotiorum gestorum* pour se faire indemniser, puisque, les dettes et les créances devant être vendues, il n'a géré en somme que son intérêt personnel. Aura-t-il l'action *in factum* ?

Malgré le texte que le Digeste attribue à Ulpien, nous ne le croyons pas ; car ce texte a été modifié par les compilateurs. L'interpolation se manifeste par une irrégularité dans le style : Ulpien indique dans quel but chaque dépense est faite et, fort correctement, il exprime cette

pensée par un substantif suivi d'un participe futur passif. Mais les compilateurs voulant ajouter un terme à son énumération ont détruit l'élégance de la phrase par un participe passé, qui indique brutalement le résultat de la dépense faite, au lieu de marquer le but poursuivi. La fin de notre texte ne peut être que l'œuvre des byzantins.

A l'époque classique, le droit d'agir était donc réservé au curateur ; les saisissants se trouvaient réduits à certains actes de pure administration. M. Lenel cependant estime que leur délégué, le *magister*, avait des pouvoirs plus larges (1) : élu par les créanciers et choisi parmi eux, chargé de fixer les conditions de la vente en bloc, de procéder aux enchères, le *magister* se verrait attribuer en outre l'administration provisoire des biens saisis, avec le droit d'agir et le droit de vendre. On invoque à l'appui de cette opinion certains textes assez énigmatiques. L'un d'eux est emprunté à la loi agraire de 111/643 (2) ; il permet au concessionnaire d'une portion de l'*ager publicus* de transformer son titre précaire en droit de propriété, moyennant une déclaration faite à des magistrats spéciaux. Il assimile à ce concessionnaire, celui qui aura acheté le champ concédé à un *bonorum emptor*, à un *magister* ou à un curateur. C'est donc, affirme M. Lenel, que le *magister* a, comme le *curator*, le droit de procéder aux aliénations urgentes. Cette conclusion nous paraît injustifiée. Sans doute le *magister* peut vendre, c'est même sa fonction

1. Lenel, *Ed. Perp.* 2, p. 410. Cf. Arangio-Ruiz, *Mélanges Fadda*, 1900, I, p. 319 et 320.

2. Loi agraire de 111/643, l. 56 : « *Utei is, quei ab bonorum emptore magistro curato(reve emerit)...* » Quoique restitué, *emerit* paraît certain.

unique : mais il vend en bloc tout le patrimoine. L'acheteur, le *bonorum emptor*, pourra, selon la loi agraire, devenir propriétaire de l'*ager publicus* acheté avec les autres biens ; il n'aura qu'à faire la *professio* prescrite. Pour expliquer ce texte, il est inutile de conférer au *magister* le droit de vendre en détail en cas de nécessité (1).

On doit également lui refuser les actions du failli, malgré un petit groupe de textes qui, au premier abord, paraissent les lui accorder. Le premier de ces textes est un fragment du livre 59 de Paul (2) :

« *Persequi* » videtur et qui satis accepit.

C'est là évidemment le commentaire d'une clause de l'édit. De quel édit ? Notre fragment se trouve au Digeste immédiatement après une définition du mot *magister* et se rapporte évidemment à la rubrique « *de magistris faciendis bonisque proscribendis et vendundis* », qui est en effet étudiée au livre 59 de Paul (3). C'est à la même clause de la même rubrique qu'avait trait aussi ce passage du livre 62 d'Ulpien (4) :

« *Dolus* » est, si quis nolit *persequi quod persecui potest, aut si quis nolit quod exigerit solvere*.

Ici, ce n'est plus *persequi*, mais *dolus* qui est défini. Ce dol a consisté de la part du *magister* à ne pas exercer une poursuite qu'il pouvait exercer ou à refuser le paiement

1. Mommsen, *Ges. Schr.*, t. I, 1905, p. 143 ; Degenkolb, *Magister und Curator im altröm. Konkurs*, in *Beiträge zum Zivilprozess*, p. 167.

2. Paul, 59 *ad ed.*, D., L, 16, de V. S., 57, § 1.

3. Cf. Cujas, *Comm. du titre de V. S.*, t. VIII, col. 533 ; Rudorff, *Ed. Perp.*, § 217, n. 9 ; Lenel, *E. P.*, § 217, p. 410.

4. Ulp., 62 *ad ed.*, D., XVII, 1, *mandati*, 44.

d'une somme qu'il avait exigée. Le rapport qui unit ce texte au précédent apparaît avec la plus grande évidence. Le préteur devait accorder ici aux créanciers une action fondée sur la négligence dolosive du *magister* qui n'a pas agi (1) : un recours analogue est donné contre le créancier qui a détérioré par dol le fonds possédé. On pourrait s'étonner qu'elle fût prévue par une clause spéciale, pourquoy ne se contentait-on pas de l'action générale de dol ? L'existence de cette action particulière s'explique probablement par des raisons historiques ; elle devait être contemporaine de l'institution du *magister* et de la *bonorum venditio*, par conséquent antérieure à Aquilius Gallus et à l'édit sur le dol. Peut-être avait-elle encore à l'époque classique certains intérêts accessoires, comme celui de ne pas être subsidiaire. Elle disparut naturellement avec la *venditio bonorum* et c'est pour cela que Justinien n'en parle pas.

M. Lenel conclut de l'existence de cette action que le *magister* avait des pouvoirs d'administration : lorsque, au moment de son élection, il n'avait pas été nommé de curateur, il était investi du droit d'accomplir tous les actes urgents (1). Mais sa conclusion nous paraît trop hâtive ;

1. On pourrait également rapporter à son droit d'agir un autre texte d'Ulpien, 62 ad ed., D., L, 17, de R. J., 143 : « Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstat. » Cf. Lenel, Pal., t. II, col. 792, p. 1. Mais nous serions portés à croire que ce petit texte a été mal numéroté par les copistes et qu'il appartient non pas au livre LXII d'Ulpien, mais au livre LXIII, relatif au *bonorum emptor*. Car, même si le *magister* a le droit d'agir, on peut difficilement l'appeler *successor*, tandis que cette appellation convient à merveille à l'adjudicataire.

elle sort de prémisses insuffisantes ; car les textes qui nous parlent d'action ne nous disent pas que cette action se rapportait à l'administration. Et elle est contredite par tout ce que nous savons du *magister* : délégué des créanciers, élu par eux sans intervention du magistrat, il ne peut avoir plus de droit que ceux qui l'ont nommé ; sa fonction, Gaius le dit (1), Théophile l'affirme (2), se réduit à préparer les enchères, à réaliser la vente de tout le patrimoine. Pourquoi lui attribuer des pouvoirs qu'aucun texte formel ne lui accorde et qui semblent étrangers au but même en vue duquel il a été créé ?

Aussi doit-on chercher ailleurs la solution du problème que quelques textes énigmatiques ont posé. Une doctrine, aujourd'hui soutenue par M. Cuq (3), attribue au *magister* le droit d'agir pour obtenir le prix promis par le *bonorum emptor*. Nos textes se rapporteraient-ils à ces actions ? Cela encore ne peut être vrai absolument. Gaius nous apprend que la création de la *bonorum venditio* est intimement liée à l'apparition de l'action rutilienne : c'est donc que dès l'origine l'action contre le *bonorum emptor* naissait dans la personne du créancier ; le *magister* n'a d'autres actions que celles que lui donne sa qualité de créancier. On ne peut l'accuser de dol s'il ne l'exerce pas.

Mais si cette conjecture n'est pas rigoureusement exacte,

1. Gaius, III, 79 : « *Postea jubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant.* »

2. Théophile, III, 12, pr. : « Ἐπειδὴ γὰρ δυσχερὲς ἦν πάντας συνιέναι κατὰ ταύτῃ καθ' ἑκάστην ἡμέραν, ἐχειροτόνουν ἐξ αὐτῶν ἓνα ὅστις ἐλέγετο *magistros* καὶ λοιπὸν αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι. »

3. Cuq, *Inst. jur.*, t. II, 1902, p. 758. Cf. Accarias, *Précis* ⁴, t. I, p. 1320.

elle est cependant plus voisine de la vérité que celle de M. Lenel. L'action que doit intenter le *magister* se rapporte certainement à sa fonction de mandataire dans le contrat conclu avec le *bonorum emptor*. Degenkolb a proposé une hypothèse extrêmement ingénieuse et qui nous paraît tout à fait conforme aux principes (1) ; le contrat de *bonorum venditio* fixait le dividende à payer, c'était là son but essentiel, mais il contenait aussi fréquemment des clauses garantissant le paiement du dividende, cautionnement ou gage. Or ce contrat était passé entre le *magister* et le *bonorum emptor* ; aucune clause de l'édit ne créait au profit de chaque créancier d'action directe contre les cautions ; c'était donc au *magister* d'agir contre eux, lui seul pouvait obtenir une exécution forcée. Il le devait par conséquent et en était responsable à l'égard des créanciers. C'est à cette obligation que devait se rapporter la clause de l'édit dont le commentaire ne nous est connu que par des fragments trop courts et trop rares.

Le droit d'agir aussi bien que le droit de vendre était donc refusé au *magister* aussi bien qu'aux créanciers eux-mêmes, et, par conséquent, aucun recours ne pouvait leur permettre d'obtenir la restitution des impenses faites dans ce but. Leur pouvoir d'administration, très large, se

1. Degenkolb, *Beiträge zum Zivilprozess*, p. 165 à 167. Cf. dans un sens analogue: Armuzzi, *Magister e curator nella bonorum venditio*, *Arch., giur.*, t. LXXII, p. 490 ss. Karlowa (*R. Rg.*, t. II, 1901, p. 1200) admet une opinion mixte, mais tout à fait arbitraire ; selon lui, le *magister* aurait le droit de demander aux tiers les choses du failli qui seraient en leur possession. Le mot *persequi* désigne en effet plus spécialement les actions réelles ; mais ce sens ne se retrouve dans tous les textes et rien ne prouve qu'il faille traduire ainsi le fr. 57, de *V. S.*

limitait cependant aux actes nécessaires pour la conservation des biens saisis.

Car ils avaient, à la fin de la possession, le devoir de restituer en bon état les choses qu'ils avaient saisies. L'édit qui a institué cette obligation l'a en même temps sanctionnée par une action *in factum* (1).

«... *sive dolo malo ejus deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re judicium in factum*(2)*dabo.*»

Mais cette action est enfermée dans des limites fort étroites, elle ne tient le créancier que s'il a commis un dol et si ce dol a rendu la possession de la chose moins avantageuse. Sa responsabilité est donc assez rarement engagée; l'action qui est donnée contre lui ne réprime que son dol. Car elle est délictuelle et suit certaines règles des actions pénales. Ainsi elle est annale et intransmissible passivement; mais elle peut être intentée par l'héritier du *bonorum emptor*, parce que, nous dit Ulpien, elle contient aussi un élément de *rei persecutio* et qu'elle n'est pas *vindictam spirans* (3).

Pourquoi au lieu de l'action ordinaire de dol donne-t-on cette action spéciale? La raison doit en être purement historique; l'organisation de la *bonorum venditio* étant an-

1. Ulp., 62 *ad ed.*, D, XLII, 5, de *b. auct. jud.*, 9, pr.

2. M. Krueger voit avec raison une glose dans les mots *in factum* (Voyez son édition du Digeste, *ad h. l.*)

3. Ulp., *eod. loc.*, § 8: « *Si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo ejus, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quæ neque post annum neque in heredes ceterosque successores dabitur, cum ex delicto oriatur pænæque nomine concipiatur* », et dans le fr. 11 (Ulp. *eod. lib.*) continue: « *Heredi autem dabitur, quia et rei continet persecutionem.* »

térieure à la création de la formule du dol, le prêteur a été amené de bonne heure à édicter des règles particulières : elle a survécu dans la suite, parce que, au contraire de l'action de dol, elle n'était pas subsidiaire.

On voit que l'obligation de restituer n'est pas sévèrement sanctionnée ; le prêteur est particulièrement indulgent à l'égard du *missus* coupable de négligences ou d'abus de pouvoir ; il ne permet de le poursuivre que s'il y a véritablement un délit. Aucune obligation stricte ne lui est imposée. Car c'est dans son intérêt qu'il gère ; s'il dégrade l'immeuble possédé, s'il ne le loue pas un bon prix, si son administration pèche par quelque endroit, il est le premier à souffrir de sa faute ; le prêteur n'a pas besoin de lui imposer une bonne gestion ; son intérêt est de se montrer diligent.

SECTION II

Le « curator bonorum ».

Le *curator bonorum* est certainement le plus mal connu de tous les personnages qui interviennent dans la faillite. Nombreux cependant sont les textes qui en parlent, mais ils s'entourent d'une telle obscurité que les interprètes ont peine à distinguer, au travers, les principes fondamentaux de la matière.

Longtemps même on a cru que le curateur était étranger à la *bonorum venditio* (1) et l'on invoquait des raisons

1. Pothier, *Pand.*, 42,7, n° III, Paris, 1819, t. IV, p. 42. — Rudorff, *Vorm.*, 1832-1836, t. I, p. 161 ; *Ed. Perp.*, p. 197-198 ; Zimmern, *Traité des actions*, § 80, admettent encore que *curator* est interpolé pour *magister* dans Ulp.,

assez sérieuses. Le Digeste en parle dans bien des endroits ; mais tout portait à croire que ces fragments étaient interpolés. Théophile qui décrit longuement la procédure classique ne mentionne que le *magister* ; Gaius ne fait pas allusion au curateur. Et d'autre part, dans les compilations de Justinien, pas un texte ne parle du *magister*. On en avait conclu que les Byzantins avaient partout remplacé *magister* par *curator*. On opposait la procédure ancienne (*bonorum venditio*) où la réalisation des biens saisis se fait par un *magister* élu, à la procédure récente (*distractio bonorum*) qui confie au curateur le soin de vendre en détail le patrimoine du débiteur.

A vrai dire, le Digeste même fournissait quelques objections contre cette doctrine autrefois très répandue. Les textes relatifs au curateur (1) donnaient, si on les supposait interpolés, une notion du *magister* tout à fait différente de celle que révèlent les textes purs de Gaius et de Théophile. Il devenait non pas un organe de réalisation, mais un syndic de faillite, revêtu des pouvoirs les plus larges d'administration. Et cependant, élu par les créanciers, on n'aurait dû lui reconnaître que les pouvoirs dont ses électeurs étaient eux-mêmes investis.

65 *ad ed.*, D., XLII, 7, 2 qui est le siège de la matière. — Cujas que l'on cite souvent comme ayant rejeté l'existence du curateur, paraît cependant l'admettre (t. V, p. 774). — Voyez contre l'interpolation Heimbach, *Weiske's Rechtslexikon*, t. II, p. 175 ; Bachofen, *Pfandrecht*, p. 297 ; Huschke, *Nexum*, p. 170 ; Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 185 à 187 ; Armuzzi, *Arch. giur.*, t. LXXII, p. 496 à 498 ; Karlowa, *R. Rg.*, t. II, p. 1198 ; Léonhard, *Inst.*, 1894, p. 237 ; Girard, *Manuel* ⁴, p. 1040 ; Cuq, *Inst. jur.*, t. II, p. 767, n. 2 ; Lenel, *Ed. Perp.* ³, p. 418.

1. Ulp., 65 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. bonis dando*, 2.

La loi agraire de 111/643 (1) fournit, quand elle fut déchiffrée, un argument plus solide encore aux partisans de l'existence du *curator*. Cette loi, longtemps avant la fin de la République, presque à l'origine de la procédure formulaire, cite un curateur à côté d'un *bonorum emptor* et d'un *magister*. Force était bien de reconnaître que ce curateur appartenait à la *bonorum venditio* et qu'il fonctionnait avant l'introduction de la *distractio bonorum*.

Enfin une démonstration définitive a été fournie par M. Lenel (2). Le Digeste traitant du droit byzantin ne parle jamais du *magister* ; mais il contient quelques fragments, qui primitivement, dans la pensée de leurs auteurs, se rapportaient à lui ; parmi ces textes, le plus significatif est un fragment du titre *de V. S.*, qui définit le mot *magister* (3). On a ainsi pu établir que l'édit contenait une rubrique « *de magistris faciendis bonisque proscribendis et vendundis* » et que cette rubrique était commentée par Ulpien dans son livre 62, par Paul dans son livre 59, par Gaius dans son livre 24. Au contraire les textes relatifs au *curator bonorum*, beaucoup plus nombreux et plus précis, se rapportent à une rubrique « *de curatore bonis dando* » étudiée par Ulpien dans son livre 65, par Paul dans son livre 62, par Gaius dans son livre 24, par Julien dans son livre 47. Or aucun des fragments se rapportant au titre *de magistris* de l'édit n'a été utilisé par les Byzantins pour servir à construire la théorie du curateur. Aucun doute ne pouvait plus subsister ; le *curator bonorum* a existé dans

1. Voyez le texte cité p. 56, n. 1.

2. *Ed. Perp.* 2, p. 418.

3. Paul, 59 *ad ed.*, D., L, 16, *de V. S.*, 57, pr.

la *bonorum possessio*, préliminaire de la vente en bloc ; il n'intervenait pas exclusivement dans la *bonorum distractio*.

D'ailleurs, si le *curator bonorum* est un organe de la *bonorum venditio*, il n'en est pas un organe essentiel. C'est le créancier qui saisit les biens, c'est le créancier qui les possède, c'est le *magister* qui les réalise. A aucun moment de la procédure, l'intervention du curateur n'est indispensable. Les textes cependant nous disent qu'on ne peut sans lui procéder aux aliénations urgentes (1), que son concours est nécessaire quand il faut exercer une action du failli ou défendre en justice le patrimoine possédé (2). Mais cette hypothèse devait se présenter rarement en pratique ; car la possession des biens saisis était généralement très courte et l'on devait reculer autant que possible l'accomplissement des actes importants.

Mais, si la nomination du curateur n'est nécessaire que pour aliéner ou plaider en cas d'urgence, elle est possible dans bien d'autres circonstances. Mille raisons peuvent reculer les enchères : tantôt le débiteur obtient qu'on les retarde, espérant encore se libérer ; tantôt ce sont les créanciers qui préfèrent attendre un moment plus favorable ; parfois aussi, c'est l'édit qui impose une date éloignée pour protéger le débiteur impubère ou chargé officiellement d'une mission lointaine. Alors la possession devient pour le saisissant une charge très lourde, il peut s'en exempter

1. Ulp., 1 de om. trib., D., XXVI, 10, de susp. tut. et cur., 7, 2 ; cf. Pomponius, 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, de her. inst., 23, 2 et Ulp., 41 ad ed., D., 37, 10, 5, § 2.

2. Paul, 59 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 14, pr.

en faisant nommer un curateur. Aucun texte, à vrai dire, n'affirme formellement cette pratique ; mais chaque fois qu'une situation provisoire doit quelque temps se maintenir, le préteur a l'habitude de désigner un curateur. Il est infiniment probable que dans notre hypothèse il a agi comme de coutume (1), car la désignation du curateur était réservée au magistrat. Ulpien nous renseigne sur la procédure suivie : les créanciers étaient consultés ; ils donnaient leur avis sur l'opportunité de la nomination et sur le personnage à désigner. Leur avis sans doute était en fait prépondérant ; mais ils n'avaient pas le pouvoir de décider (2). Le préteur se prononçait par décret, après une *cognitio causae*. Aucune condition n'était exigée chez le

1. On peut d'ailleurs citer en ce sens des textes qui ne sont pas absolument formels, mais qui laissent entrevoir la vérité : Paul, 57 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quib. ex c.*, 6, 2 : « *Si ab hostibus quis captus sit, creditores ejus in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.* » — Paul, 57 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. b. d.*, 1, 1 : « *Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit aut bona vendenda.* » (Mommsen corrige avec raison *aut en nec*). Cf. Ulp., 60 *ad ed.*, D., XLII, 4, *quib. ex c.*, 8. Cf. Karlowa, *R. Rg.*, t. II, p. 1198 ; Kuntze, *Cursus*, p. 187 ; Puchta, *Inst.* ⁴⁰, t. I, 1893, p. 557 ; Walter, *R. Rg.* 1861, t. II, p. 399 ; Zimmern, *Traité des actions* (trad. Etienne), p. 246,

23. — M. Thaller (*Les faillites en droit comparé*, 1887, t. I, p. 10) a émis l'opinion que le *curator* était nommé au début de la faillite ; mais cette conjecture nous paraît sans fondement dans les textes.

2. Ulp., 65 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. b. d.*, 2 : « *De curatore constituendo hoc jure utimur, ut prætor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu majoris partis creditorum, vel præses provinciæ, si bona distrahenda in provincia sunt.* » Ce texte se rapporte certainement à la *venditio bonorum* (Cf. Lenel, *Ed. Perp.* ³, p. 418) ; la fin a été ajoutée par les compilateurs. V. *infra*, p. 167, n. 8.

futur curateur ; il pouvait être pris soit parmi les créanciers, soit en dehors d'eux (1).

Mais la désignation du curateur a-t-elle toujours été ainsi faite ? le préteur a-t-il toujours eu dans ses attributions de nommer le gérant, qui seul pourra agir en justice ? Oui, nous semble-t-il ; mais cette opinion, généralement admise, ne rencontre pas une parfaite unanimité. Voigt allègue contre elle les fragments conservés de la loi agraire de 111/643 (2) ; ils énumèrent avec une certaine incohérence les personnes qui peuvent moyennant une déclaration au triumvir spécial devenir propriétaires des portions de l'*ager publicus* qu'elles occupent (3) :

(U) *tei curator ejus profiteatur, item ut (ei... ex e) o edicto, utei is quei ab bonorum emptore magistro curato...*

Il faut évidemment compléter *curatoreve* ; et le sens devient clair : la loi prescrit à celui qui tient d'un *bonorum emptor*, d'un *magister* ou d'un *curator* un *ager publicus*

1. Ulp., *eod. loc.*, § 4 : « *Nec omni modo creditorem esse oportet eum qui curator constituitur, sed possunt et non creditores.* » Ce texte est aussi formel que possible. Aussi faut-il considérer que le sens donné par le Digeste à Paul, 57 *ad ed.*, D., XLII, 4, q. *ex c.*, 9, pr. est dû à un hasard de la compilation. Il est également probable que dans Ulp., 59 *ad ed.*, D., *eod.*, 7, 10 « *aliquem ex creditoribus* » constitue une glose. Le curateur désigné peut d'ailleurs refuser la charge qui lui est offerte, à moins que l'empereur ne la lui impose (D., XLII, 7, 2, § 3).

2. Voigt, *R. Rg.*, t. I, p. 683 ; Cuq, *Inst. jur.*, t. II, p. 162, n. 3.

3. Mommson, *C. I. L.*, t. I, 200 (*Ges. Schr.*, t. I, p. 142 et 143). — Cette restitution ne se trouve pas dans les premiers commentaires de la loi agraire. Cf. Rudorff, *Ackergesetz des Spurius Thorius*, *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft*, t. X, 1839, p. 108 ; Huschke, *Das Ackergesetz des Sp. Thorius widerhergestellt und erläutert von Dr Rudorff*, *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, t. X, 1841, p. 608.

de faire la déclaration ; le verbe de la proposition relative est donc sans doute *emerit*. Les phrases précédentes devaient donner la même autorisation non pas à l'ayant cause de l'administrateur, mais à cet administrateur lui-même. Or on trouve cette permission accordée à un curateur que le texte appelle « *curator ejus* » ; il semblerait naturel de reconstituer la fin de la phrase : *curatoreve ejus emerit*.

Le curateur ne serait donc que le délégué du *magister* : c'était le *magister* qui le choisissait ; c'était le *magister* qui déterminait ses pouvoirs. Tous les textes classiques se dressent, il est vrai, contre cette conception ; mais Voigt les explique de la manière suivante : le droit a changé entre 111 avant Jésus-Christ et l'époque de Julien ; le système ancien a disparu ; on lui a substitué le régime que le Digeste nous révèle sans indiquer ni la raison du changement, ni le changement lui-même.

Ainsi on fait du curateur un délégué, un procureur⁽¹⁾, alors que c'est un administrateur investi de pouvoirs propres, un gérant qui s'occupe (*curat*) des affaires du faill. D'ailleurs la restitution proposée n'est pas soutenable⁽²⁾ : à bien prendre les choses, le *curator ejus* que cite le texte est évidemment chargé d'une personne, tandis que le curateur

1. Cette idée a cependant été soutenue par M. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 322. Degenkolb (*Beiträge*, p. 188) dit avec raison : « Curator im untechnischen Sinne ist der mit einem Geschäftskreis Betraute, auch der nur privatwirtschaftlich damit Betraute », et il cite en exemple Varr., *de re rust.*, III, 5, 5; Columelle, IX, 9, 1.

2. Voyez Bethmann-Hollweg, *C. Pr.*, t. II, p. 676, n. 51 ; Degenkolb, *Beiträge*, p. 174 ; Bruns-Mommsen, *Fontes juris*, t. I, 5^e éd., 1893, p. 83 ; 6^e éd., 1909, p. 82 ; P.-F. Girard, *Textes* ³, 1903, p. 55 ; Ferrini, Riccobono, *Baviera, Fontes juris*, t. I, 1908, p. 95.

de la faillite est un *curator bonorum*. Il est vraisemblable cependant qu'avant de conférer le droit de faire la déclaration à son ayant cause, la loi a dû donner le même droit au curateur lui-même ; mais c'est à coup sûr dans la phrase immédiatement précédente et si l'on tient à combler les lacunes de la loi agraire, il faudrait plutôt restituer ainsi le passage absent :

... *utei curator profiteatur ex e) o edicto, utei is quei ab bonorum emptore magistro curato(reve emerit profiteatur...*

Mais on ne peut en tirer aucun renseignement relatif à la nomination du *curator bonorum vendundorum*. Il est très probable que, dès l'origine, son mode de nomination a été identique à celui que les textes classiques nous montrent. Le curateur est un délégué du magistrat nommé après un examen des faits et investi de pouvoirs d'administration extrêmement larges (1), car l'édit lui accorde

1. Il n'est jamais nommé par les créanciers, même quand ils sont unanimes ; en ce cas, l'intervention du magistrat est néanmoins nécessaire. L'opinion contraire est cependant soutenue par certains auteurs qui restreignent d'ailleurs cette nomination à un cas particulier (Seuffert, *Concursrecht*, t. I, 1888, p. 9 ; Tambour, *Voies d'exécution*, t. I, p. 183 ; Courtois, *De la Bonorum venditio*, p. 201). Un texte prévoit en effet que plusieurs créanciers sont en possession et qu'ils ne s'entendent pas au sujet de la location de l'immeuble : « *Quod si non unus, sed plures sint, quis eorum debeat locare vel vendere, quaeritur. Et si quidem convenit inter eos expeditissimum est : nam et omnes possunt locare et uni hoc negotium dare : si vero non convenit, tunc dicendum est praetorem causa cognita eligere debere qui locet vel vendat.* » (Ulp., 71 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 8,4). Mais ce texte ne dit pas que le créancier désigné soit un curateur ; le contraire est même prouvé par ce fait que le curateur peut ne pas être créancier alors que le personnage dont il est ici question doit nécessairement être l'un des saisissants.

sur les biens du failli une puissance presque illimitée ; le texte ne nous en a pas été conservé ; mais on trouve dans un fragment d'Ulpien une phrase dont le style lourd et précis rappelle singulièrement celui des documents officiels (1) : « *Quaeque per eum eosve qui ita creatus creatae essent, acta facta gestaque sunt, rata habebuntur.* » Ce n'est peut-être pas la reproduction intégrale du texte de l'édit ; mais c'en est à coup sûr un extrait et il suffit à nous apprendre que le curateur peut gérer à sa guise les biens saisis ; il jouit d'une puissance absolue.

⌈ 3 ; Cette toute-puissance lui permet tout d'abord de remplacer les créanciers et leur pouvoir de possession et d'administration cesse à partir de la nomination du curateur. Il ne peut en effet être exercé par plusieurs personnes simultanément : quand les créanciers saisissants sont nombreux, ils désignent l'un d'entre eux pour gérer au nom des autres (2). Lorsque le prêteur a nommé un curateur, ce curateur, muni des droits les plus étendus, occupe seul les biens saisis ; il en devient responsable à l'égard des saisissants et l'action qui permet au *missus* de recouvrer ses impenses faites sans dol, lui est également accordée (3).

Mais là ne se borne pas son administration ; il ne se

1. Ulp., 75 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. b. d.*, 2, 1. — Cf. Lenel, *Ed. Perp.*, p. 419 : « Ganz wie ein an Ediktwortlaut angelehnter Bericht sieht dagegen aus, was Ulp. 65, fr. 2, § 1, h. t. über die rechtliche Stellung des Kurators mitteilt. »

2. Ulp., 71 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 8, 4.

3. Ulp., 72 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 9, 5 : « *Eadem causa est curatoris honorum ; nam et is tenetur ut creditores.* »

contente pas d'accomplir les actes les plus simples et les plus urgents qu'exige impérieusement l'entretien des biens saisis. Il peut également payer les dettes, aliéner les meubles ou les immeubles, agir en justice. Les textes nous disent que si quelque dette trop lourde ou dont le poids s'aggrave avec le temps grève le patrimoine possédé, il peut l'acquitter (1). Si quelque objet dépérit et doit être vendu sans retard, il peut en disposer à sa guise (2).

1. Paul, 57 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. b. d.*, 1,2 : « *Sed si grave aes alienum sit, quod ex pœna crescat, per curatorem solvendum aes alienum, sicuti eum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat, decerni solet.* » Cf. Gaius, 14 *ad ed. prov.*, D., XXXVII, 9, *de ventre*, 5,1. — Voyez aussi Pomponius, 1 *ad Sab.*, D., XXVIII, 5, *de her. inst.*, 23,3 : « *Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex pœna crescit, et maxime se publicum debitum imminet : per procuratorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat.* » Il faut dans ce dernier texte corriger *procuratorem* en *curatorem* (Voyez en ce sens Naber, *Mnemosyne*, 1897, *Observatiunculæ de jure romano*, LXXVIII, *de pignore prætorio*, p. 295 ; Muhlenbruch, in Glück, *Ausführliche Erläuterungen*, t. XII, 1809, p. 192, n. 12); car Paul et Pomponius énoncent le même fait. D'ailleurs deux mss. (W. : *Vaticanus*, n. 1407 ; E. : *Bambergensis*, n. D. 1.10), à vrai dire d'une valeur assez médiocre, donnent la leçon *curatorem*, qui nous semble préférable.

2. Ulp., 1 *de o. trib.* D., XXVI, 10, *de susp. tut.*, 7,2 : « *Quæque mora deteriora futura sunt, curatore dato, distrahi jubentur.* » Cf. Ulp., 5 *ad ed.*, D., XXXVII, 10, *de Carb. ed.*, 5, 2. Voyez aussi Pomponius, *loc. cit.*, § 2 : « *Tunc, postulantibus creditoribus, constituet prætor, nisi intra certum tempus hereditas optigerit aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum et interim quæ arguebant per procuratores distrahi jusserunt.* » Il faut corriger *procuratores* en *curatores* Cf. en ce sens Muhlenbruch, *loc. cit.* M. Naber (*loc. cit.*) estime que ce passage est interpolé, mais, quoiqu'il y ait dans le fragment certains paragraphes plus ou moins remaniés, les raisons alléguées (n. 8,9, 10 de la p. 295 et 1 de la p. 296) nous paraissent insuffisantes pour soupçonner ce paragraphe.

Il peut intenter les actions urgentes, celles qui, enfermées dans un délai préfix, ne pourraient plus être utilement exercés plus tard (1). Il défendra en justice, si quelque procès est déjà commencé au moment de la *missio* et que, voyant son patrimoine lui échapper, le saisi s'en désintéresse. C'est contre lui que l'on agira, si quelque créancier hypothécaire veut exercer l'action quasi-servienne ou si un tiers revendique une chose que le saisi détenait indûment (2).

Ses pouvoirs d'ailleurs sont encore plus étendus ; ce n'est pas seulement en cas d'urgence qu'il peut accomplir les actes de sa fonction ; l'édit reconnaît pour valable tout ce qu'il fait, sans distinction, et si les autres textes du Digeste ne parlent que des cas d'urgence, c'est que le curateur, la plupart du temps, bornait là son activité. Il est probable qu'il n'était pas rémunéré ; il devait limiter son administration aux actes indispensables, cherchant seulement à dégager sa responsabilité.

Mais il agit en vertu d'un pouvoir propre. Emanation directe du magistrat, dépositaire d'une parcelle de sa toute-puissance, il n'est ni le représentant du débiteur, ni le mandataire des créanciers. Sans doute sa possession est utile aux saisissants, elle leur permettra, au bout de trente jours, d'entamer la *bonorum venditio*. Sans doute aussi, il

1. Paul, 59 *ad ed.*, D., XLII, 3, *de reb. auct. jud.*, 14 : « *Creditorum in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quædam actiones periturae sunt.* » Cf. Ulp., 41 *ad ed.*, D., XXXVII, 10, *de Carb. ed.*, 5, 1.

2. Ulp., 65 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de cur. b. d.*, 2, 1, suppose en effet que le curateur comparait en justice non seulement comme demandeur, mais même comme défendeur.

se préoccupe de conserver au patrimoine la plus haute valeur possible pour sauvegarder à la fois l'intérêt des saisissants, si les biens sont vendus, et l'intérêt du saisi, si un concordat intervient. Mais il le fait au nom d'une autorité supérieure ; c'est un délégué du magistrat, chargé d'une mission spéciale.

Son caractère se manifeste à merveille par la manière dont il agit en justice. On lui accorde et on accorde contre lui des actions utiles (1) ; car les actions directes entraîneraient la comparution en justice du saisi lui-même. Sa situation est singulièrement voisine de celle du représentant judiciaire. Ils agissent l'un et l'autre *alieno nomine* : les actions qu'ils intentent appartiennent *jure civili* soit au représenté, soit au failli ; mais, par un artifice, ils en tournent vers eux le profit ou le détriment. La formule qui leur est délivrée doit refléter exactement ce trait caractéristique ; ils invoquent le droit d'autrui pour obtenir une solution à leur avantage. L'*intentio*, énonçant le fait que le juge doit vérifier, mentionne seulement le rapport juridique établi entre le représenté et le défendeur ; la *condemnatio* crée, conditionnellement, un rapport juridique nouveau entre celui qui agit et son adversaire. Telle est du moins, décrite par Gaius (2), la formule donnée au représentant judiciaire et l'on peut, sur le fondement des présomptions les plus sérieuses, construire d'une manière identique la formule dont se servait le *curator bonorum*. La similitude frappante des situations, le nom d'*utiles*

1. Ulp., *loc. cit.* : « *Eisque actiones et in eos utiles competunt.* »

2. Gaius, IV, 84.

donné par Ulpien à ces actions semblent des preuves indiscutables.

Cependant, lorsque le saisi est mort, la formule à transposition de personnes devient impossible : le rapport juridique entre lui et son débiteur ou son créancier est dissous; on ne peut le faire figurer dans l'*intentio*. M. Lenel (1) a émis l'hypothèse qu'on se servait alors d'une formule fictive assez semblable à la formule servienne du *bonorum emptor*. Cette conjecture est tout à fait vraisemblable et, quoiqu'elle ne trouve aucun appui dans les textes, elle paraît devoir être admise.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que le curateur est un représentant du saisi ; car, s'il exerce ses droits, il agit en vertu d'un pouvoir propre. C'est pourquoi entre lui et son représentant judiciaire, il existe d'importantes différences. Tout d'abord, le curateur a sur les actions du failli un droit qui sans être exclusif est préférable à tous autres. Le débiteur n'est pas dessaisi de ses biens ; il conserve le droit d'agir. Mais Ulpien, dans un texte que M. Lenel a su retrouver et rattacher à notre matière, le compare au cédant d'une créance (2) ; tout en conservant son titre nu, il en a fait passer tout le profit au *cognitor in rem suam* : il peut toujours agir ; mais le *cognitor* lui sera toujours préféré. De même, le failli devra céder le pas au curateur.

1. Lenel, *Ed. Perp.* ², p. 419.

2. Ulp., 65 ad ed., D., III, 3, de proc., 55: « *Procuratore in rem suam dato, præferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: quæ enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.* » Cf. Lenel, *Pal.*, t. II, col. 797, n. 2 ; *Ed. Perp.* ², p. 419.

Sur un second point, le curateur se distingue du représentant judiciaire. Lorsqu'un représentant se présente en justice, on exige de lui certaines justifications ; quand il n'a pas été constitué *in jure*, quand c'est un simple procureur, il doit s'engager par la *cautio derato* à rapporter la ratification de ses actes par le représenté, s'il est demandeur, ou prêter la *cautio judicatum solvi*, s'il est défendeur. Appliquons ces principes au curateur : il agit sans le consentement du failli, et même, la plupart du temps, contre son gré ; il n'a donc aucune chance d'être institué *in jure* ou de voir ses actes ratifiés. Lui étendre les règles du droit commun, c'est supprimer en fait son droit d'agir. Remarquons d'ailleurs que ces règles restent sans utilité dans toutes les hypothèses où le pouvoir d'agir de celui qui se présente *alieno nomine* est évident. Il en est ainsi non seulement lorsqu'un curateur se présente pour un failli, mais encore lorsqu'une personne (tuteur ou curateur quelconque) agit en vertu d'un *munus*. Ces personnes en effet ont reçu une investiture officielle et rien n'est plus facile que de s'assurer de leur qualité. On les a cependant soumises à l'origine aux mêmes dispositions de l'édit que les procureurs : la clause était conçue en termes si généraux qu'elle englobait tous ceux qui agissaient *alieno nomine* (1) ; c'est encore la doctrine qu'expose Gaius, avec quelques restrictions, il est vrai (2). Au II^e siècle, un mouvement se dessina, qui tendit à donner aux tuteurs et aux

1. Lenel, *Ed. Perp.* *, § 32.

2. Gaius, IV, 99 : « *Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisficere debere verba edicti faciunt ; sed aliquando illis satisfactio remittitur.* »

curateurs une situation spéciale. L'évolution était terminée à l'époque des Sévères où Paul (1) et Ulpien (2) présentent cette doctrine comme certaine. On la rattache en général (3) à un rescrit d'Antonin le Pieux (4); mais on la trouve déjà exposée dans des textes de Julien (5), que l'on ne peut interpréter autrement (6). Peut-être vaudrait-il mieux (quoique ce soit une simple hypothèse) voir dans ce changement de jurisprudence une conséquence éloignée de la loi Claudia, qui obligea le tuteur à gérer et le trans-

1. Paul, 3 ad ed., D., XXVI, 7, de admin. et per. tut., 22 : « Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in iudicium deducere potest. »

2. Ulp., 9, ad ed., D., eod. tit., 23 : « Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit : Quid tamen si dubiletur, an tutor sit vel an duret tutor an gestus illi commissus sit ? Equum est adversarium mox decipi. Idem et in curatore est, ut Julianus scripsit. »

3. Bethmann-Hollweg, *Versuche ueber einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses*, 1827, p. 138 à 26, 9 et surtout p. 185, 188 et 183 ; *Civilprocess*, t. II, p. 432 sq. ; Eisele, *Cognitur und Procuratur*, 1881, p. 154 à 156 ; Rümelin, *Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilprocess*, 1886, p. 117.

4. Mentionné dans Ulpien, 9 ad ed., D., XXVI, 7, de a. et p. tut., 2, pr.

5. Julien, in Ulp., 9 ad ed., D., XXVI, 7, de a. et p. tut., 23 ; Julien, 21 Dig., D., XXVII, 10, de cur. fur., 7, 2.

6. En ce sens Keller, éd. Wach, *Civilprocess*, p. 312, n. 719. — Bethmann-Hollweg (*loc. cit.*) a donné une interprétation très subtile, mais peu vraisemblable du texte d'Ulpien citant Julien. Julien aurait voulu dire simplement que le tuteur devait prêter la caution, quand on n'était pas sûr de sa qualité. Mais cela même implique que, dans le cas contraire, il était dispensé de cette obligation. — M. Eisele objecte à notre opinion Gaius, IV, 99, en faisant remarquer que les hypothèses visées par Julien étaient exceptionnelles. Cela paraît difficilement soutenable au moins pour la citation de Julien par Ulpien. Il nous semble préférable d'admettre que Gaius s'attardait à une théorie démodée, que légitimait d'ailleurs encore à son époque la lettre de l'édit.

forma en administrateur légal. Quoi qu'il en soit, cette évolution eut pour résultat de donner aux tuteurs une situation spéciale parmi les représentants judiciaires. On décida qu'ils déduisaient en justice le droit du mineur et l'on n'exigea plus la *cautio de rato*. Mais on maintint la *cautio judicatum solvi*, que l'on fournissait dans des cas plus nombreux et qui paraissait moins vexatoire.

Il semble au premier abord que le *curator bonorum* ait dû avoir un sort identique à celui du tuteur. Certains auteurs l'ont en effet admis (1). La théorie de la tutelle est si voisine de la théorie de la curatelle des biens du failli qu'une assimilation s'impose : sur certains points, elle s'est réalisée. Aussi, lorsqu'il y a plusieurs curateurs, ils sont solidaires, à moins que les biens à gérer ne soient répartis entre eux par *regiones* (2) ; le curateur malhonnête peut être révoqué par un *crimen suspecti curatoris* (3) ; toutes ces solutions sont des applications à notre curatelle des principes de la tutelle. Il paraîtrait logique de présumer une extension analogue des règles de la représentation judiciaire. Si d'ailleurs les textes sont peu explicites sur ce point, on a cru y trouver quelques indices favorables à l'opinion que nous exposons. Le curateur de la faillite figure dans une liste de personnes dispensées de la *cautio ratam rem* à côté des représentants des municipes ou des personnes morales (4) et on a relevé des textes qui assimilent aux tuteurs les curateurs, sans préciser davan-

1. Rudorff, *Vorm.*, t. II, p. 648.

2. Ulp., 6 ad ed., D., XLII, 7, de cur. b. d., 2, 2.

3. Ulp., 35 ad ed., D., XXVI, 10, de susp. tut. et cur., 3, 3.

4. Ulp., 9 ad ed., D., XLVI, 8, ratam rem, 9.

tage (1). On trouve même un texte qui constate l'identité du tuteur et du curateur au ventre (2) ; or ce curateur au ventre est un *curator bonorum* comme celui de la faillite. De toutes ces remarques, on a conclu que le curateur astreint au début à la prestation de la *cautio de rato* s'en est vu dispensé comme le tuteur au II^e siècle.

Il est cependant un texte qui s'oppose absolument à cette manière de voir ; c'est une phrase d'Ulpien (3) :

« *Et si quem curatores mitterent ad agendum vel defendendum, uti jus esset : me ab eo satis neque de rato, neque judicatum solvi, nomine ejus cujus bona veneant exigetur, sed nomine curatoris qui eum misit.* »

Sur deux points, ce texte s'écarte du droit de la tutelle : le tuteur en effet ne peut se faire remplacer par un représentant judiciaire, sauf dans quelques hypothèses relativement rares, par exemple au cas de maladie ou d'empêchement. Le représentant (*actor*) est alors nommé par le prêteur après une *cognitio causae* (4). Cet *actor* agit donc en vertu d'un *munus* ; c'est presque un tuteur *ad hoc*. Le représentant du *curator bonorum* au contraire n'a pas besoin d'être confirmé par le magistrat ; c'est un représentant comme ceux que pourrait envoyer un majeur en pleine possession de ses droits.

1. Gaius, IV, 99 ; Ulp., 9 *ad ed.*, D., XXVI, 7, *de a. et p. tut.*, 23 ; Ulp., 75 *ad ed.*, D., XLIV, 2, *de exc. rei jud.*, 11, 7.

2. Ulp., 41 *ad ed.*, D., XXXVII, 9, *de ventre*, 1, 22.

3. Ulp., 65 *ad ed.*, D., XLII, 7, *de c. b. d.*, 2, 1, *in fine*.

4. Paul, 9 *ad ed.*, D., XXVI, 7, *de a. et p. tut.*, 24 ; Pap., 5 *resp.*, D., XXVI, 9, *quando ex facto*, 6 ; Ulp., 9 *ad ed.*, D., XLVI, 8, *ratam rem*, 9 ; C. V, 61, *de act. a tut. dato* ; C., VII, 62, *de appell.*, 10, pr.

Mais qui représente-t-il au juste ? Est-ce le failli, dont il exerce les actions ? Est-ce le curateur, de qui il tient ses pouvoirs ? La première solution aurait pour conséquence de lui imposer la promesse de faire ratifier ses actes par le failli, promesse impossible à tenir et que pour cette raison on n'exige pas. Aussi notre texte décide-t-il que le représentant devra prêter les cautions *de rato* et *judicatum solvi*, non pas *debitoris nomine*, mais *curatoris nomine* ; en un mot, on le considère comme un représentant du curateur et cette solution, chose remarquable, est admise non seulement pour la caution *de rato*, mais encore pour la caution *judicatum solvi*.

La conséquence nécessaire de cette décision est que le curateur au nom de qui on prêtait la caution *judicatum solvi* en était lui-même dispensé. L'analogie absolue que l'on a pensé établir entre le curateur de la faillite et les autres représentants nécessaires n'existait donc pas dans la réalité. Le tuteur a de tout temps fourni la caution *judicatum solvi*, même après qu'une jurisprudence novatrice l'a exempté de la caution *de rato*. C'est que la dispense de toute caution a dû être accordée à notre curateur en vertu d'un principe différent. On peut même conjecturer que les édits relatifs aux cautions ne se sont jamais appliqués à l'hypothèse de la faillite : le gérant des biens saisis n'a pas été assimilé à un représentant judiciaire.

Comment expliquer une divergence aussi considérable ? C'est évidemment que le curateur n'est pas le délégué du failli ; ce n'est pas du débiteur qu'il tient ses pouvoirs. Il ne faudrait pas cependant en conclure que les actes accomplis par le curateur ne produisent pas d'effet à l'égard

du failli. La question aurait un intérêt pratique dans l'hypothèse où la *missio in bona* se terminerait non par une vente en bloc, mais par un concordat qui restituerait au failli tous ses biens. Alors on doit admettre que le débiteur ne reprend pas ses biens dans l'état où ils se trouvaient lors de la *missio in possessionem* ; il ajoute seulement au droit théorique qu'il a conservé les droits plus favorables que les créanciers avaient acquis et que le curateur a améliorés par sa gestion. Cette solution, très logique, nous est indiquée par un texte relatif aux actes accomplis par le créancier gérant (1) ; les mêmes raisons de décider se retrouvent pour le curateur.

Celui-ci est d'ailleurs si peu le délégué du débiteur, qu'il peut même exercer des actions étrangères au patrimoine saisi. C'est ainsi que l'édit lui permet d'intenter la Paulienne (2) :

Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.

Sans doute, ce texte n'est pas à l'abri de tout soupçon d'interpolation et plus d'un passage paraît peu conforme aux façons de parler des jurisconsultes classiques (3). Mais

1. Ulp., 62 ad ed., D., XLII, 5, de reb. auct., 9, 3.

2. Ulp., 66 ad ed., D., XLII, 8, quæ in fraudem, 1, pr.

3. Voyez sur les différents systèmes proposés, Eisele, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, t. XXXIV, p. 3 ss. ; Lenel, *Ed. Perp.* ¹, p. 351 ss. ; *Ed. Perp.* ², p. 419 ss. ; *L'édit perpétuel*, t. II, p. 177 ; *Festschrift für A. S. Schultzes*, p. 5 ss. ; Solazzi, *La revoca degli atti fraud.*, p. 5 ss. ; Karlowa, *R. Rg.*, t. II, p. 1404 s. ; P.-F. Girard, *Manuel* ⁴, p. 425, n. 1.

nous croyons que le prêteur permettait cependant au curateur d'exercer l'action qui réprimait la *fraus creditorum*. Le mot *curatori* ne peut avoir été substitué par les compilateurs à *magistro* (1). Car Ulpien traite de l'action paulienne dans le livre qui suit le commentaire de la rubrique *de curatore bonis dando*. Il y avait certainement entre les deux clauses un lien étroit et l'on doit, semble-t-il, admettre qu'elles appartenaient au même titre (2). Le curateur pouvait donc exercer des droits nés dans la personne des créanciers et quoiqu'il agit souvent au moyen des actions appartenant au débiteur, il exerçait toujours en réalité la fonction conférée par le prêteur.

Car il n'est pas non plus le délégué des saisissants. Il agit dans l'intérêt de la masse créancière, mais elle n'a pu l'investir d'une toute-puissance dont elle est dépourvue. Il est chargé de gérer par le magistrat et c'est seulement le magistrat qui peut le nommer ou le révoquer. Car il est responsable devant lui : on peut exercer contre lui, aussi bien que contre les autres curateurs le *crimen suspecti curatoris* et, s'il est reconnu coupable, il devra quitter ses fonctions (3).

A vrai dire, cette responsabilité serait insuffisante : il n'est pas seulement dépositaire d'une parcelle de la puis-

1. Voyez en ce sens, Huschke, *Z. F. C. R. u. Pr., N. F.*, t. XIV, p. 39 ; Schey, *Z. f. Rg.*, XIII, p. 148, n. 84 ; Dernburg, *Pandekten*, t. II, § 144, n. 8 ; Lenel, *Ed. Perp.* ¹, p. 351 ; Serafini, *La revoca degli atti fraudolenti*, t. I, p. 170 ; Solazzi, *La revoca degli atti fraud.*, p. 120, n. 3.

2. Lenel, *Ed. Perp.* ¹, p. 351.

3. Ulp., 35 *ad ed.*, D., XXVI, 10, *de susp. tut. et cur.*, 3,3 : « Sed et si quis curam ventris bonorumve, non carebit hujus criminis metu. »

sanee publique, mandataire d'un magistrat revêtu de l'*imperium*, mais encore on lui a confié l'administration d'un patrimoine ; il s'occupe d'intérêts particuliers ; on doit le considérer comme un gérant d'affaires : c'est l'action *negotiorum gestorum*, qui permettra de lui demander des comptes. Cependant Ulpien déclare que l'action *in factum* ouverte au *bonorum emptor* contre le créancier gérant et au créancier gérant contre le *bonorum emptor* s'applique aussi au curateur. En effet, l'action *negotiorum gestorum* ne suffit pas dans une hypothèse, probablement très fréquente : le curateur pouvait être pris parmi les créanciers ; les intérêts dont il avait la charge étaient alors ses intérêts propres ; les actes accomplis n'étaient pas des *negotia aliena* ; l'action *negotiorum gestorum* devait être remplacée par une action *in factum* (1).

Ainsi, le curateur, investi d'une toute-puissance qui imite l'*imperium* prétorien, dépend en principe uniquement de celui qui l'a nommé. Il représente en justice le débiteur parce qu'il utilise des droits lui appartenant ; il est responsable devant les créanciers parce qu'il gère leurs intérêts. Mais il agit en vertu d'un pouvoir indépendant de l'un et des autres : il est le délégué du magistrat.

1. Ulp., 62 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 9, 5.

CHAPITRE III

La théorie du « *pignus prætorium* »

A bien des égards, la situation du *missus* ressemblait à celle d'un gagiste. Elle conférait aux créanciers un droit particulier sur le patrimoine, distinct à la fois de la propriété et de la possession ; car le *missus* ne pouvait ni jouir des choses saisies, ni en disposer à son gré. Cette occupation du patrimoine avait, comme la prise de gage, pour unique but de donner au saisissant une garantie de paiement et l'espoir d'une réalisation qui lui permettrait de toucher au moins un dividende. Aussi de bonne heure eut-on l'idée d'établir entre le gage et la possession des biens résultant d'une *missio* une comparaison ; on releva les points communs ; on nota les différences et quoique ces différences ne fussent pas négligeables, on cessa bientôt de les considérer et l'on en arriva à déclarer que la *missio in bona* entraînait un *pignus prætorium*.

Cette théorie doit remonter à une époque assez ancienne, peut-être aux premiers temps du principat ; car Pomponius et Julien y font allusion comme à une théorie courante, admise sans difficulté (1). Ce n'était, à vrai dire, qu'une

1. Pomponius, 9 *ad Sab.*, D., XV, 1, *de peculio*, 23 ; Julien, 44 *dig.*, D., XLI, 5, *pro herede*, 2, pr.

assimilation un peu superficielle et quoique l'expression *praetorium pignus* fût souvent employée sans restriction, parfois aussi les jurisconsultes se montraient plus hésitants. Ils cherchaient des circonlocutions, des formules atténuées et même, dans certains textes, ils notent des différences fondamentales.

Les ressemblances cependant devaient être plus considérables à leurs yeux ; car ils insistent fréquemment sur certaines d'entre elles. Ils observaient, par exemple, que la *missio in bona* donne un droit opposable aux tiers. Lorsque le créancier est envoyé en possession, nul ne peut ébranler la stabilité de sa position ; son droit de gage est à l'abri de tous les événements qui pourraient survenir. Le débiteur qui conserve la propriété de ses biens, peut les vendre à un tiers : la situation du créancier n'est pas modifiée. Son droit s'exercera contre l'ayant cause aussi bien que contre l'auteur. Que l'aliénation d'ailleurs soit volontaire ou forcée, peu importe. Le voisin de l'immeuble possédé peut l'usucaper ou l'acheter ; le créancier qui occupe le patrimoine conserve son gage néanmoins (1). Il peut l'opposer à tous ceux qui ont après lui acquis des droits sur l'immeuble. Aussi lorsque plusieurs

1. On n'a sur ce point aucun texte relatif à la *missio in bona rei servandæ causa* ; mais on peut tirer un argument d'analogie très convaincant des textes relatifs à la *missio legatorum* ou *fideicomissorum nomine*, puisque la théorie du *pignus prætorium* s'applique également à ces *missiones* spéciales. Voyez Pap., 10 resp., D., XLI, 4, *pro emptore*, 12: « *Misso legatario in possessionem, res pro emptore usucapiuntur salva prætorii pignoris causa* ». Jul., 44 dig., D., XLV, 5, *pro herede*, 2, pr. ; Sévère et Caracalla (196), C., VI, 54, *ut in poss. leg. vel fideic.*, 3 ; Anton. (212), C., VIII, 17, *qui potiores in pignore*, 2.

personnes obtiennent du prêteur des ordres d'envoi fondés sur des titres différents, on règle le conflit de leurs droits en suivant le principe : « *Prior tempore, potior jure* » (1). A l'égard des tiers, la *missio* produit des effets analogues au gage (2).

Comme lui, d'ailleurs, elle est indivisible. Chaque parcelle des biens garantit chaque fraction des dettes. Il ne suffit pas, pour faire cesser partiellement la possession, de verser un acompte sur ce qui est dû : il faut que toutes les personnes intéressées dans la procédure se déclarent entièrement satisfaites, ayant reçu le paiement de leurs créances. Certains textes en effet établissent sur ce point une analogie entre la situation du saisissant et celle du gage (3). Tout le patrimoine, quelle qu'en soit la valeur, est affecté à la garantie de la créance qui a motivé la saisie, bien que cette créance puisse être minime. Il est impossible de contraindre le *bonorum possessor* à en abandonner une partie en lui offrant un paiement partiel.

1. Cette règle produit effet lorsqu'il y a concours soit entre des *missi rei servandæ causa* et des *missi legatorum nomine* (Ulp., 52 ad ed., D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 4 : « *Postquam rei servandæ creditores possidere cœperunt, legatorum servandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habebitur* »), soit entre un *missus rei servandæ causa* invoquant une cause qui ne produit pas d'effet collectif et un *missus rei servandæ causa* invoquant une autre cause (Anton. (215), C., VIII, 17, *qui potiores*, 4).

2. Voyez Bachofen, *Pfandrecht*, p. 429 et 438-440 ; Dernburg, *Pfandrecht*, t. I, p. 403.

3. Ulp., 19 ad ed., D., X, 2, *familiæ etc.*, 18, 6 ; Pomponius, 9 ad Sab., D., XV, 1, *de pec.*, 23 ; Marcien, l. sing. ad form. hyp., D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 35. Cf. Callistrate, 3 ed. mon., D., XXXVI, 4, *ut in poss.*, 13. — Voyez Bachofen, *Pfandrecht*, p. 429 à 435. *Contra* : Dernburg, *Pfandrecht*, t. I, p. 411.

Mais le *pignus praetorium* n'apparaît qu'après la prise de possession. Il se forme *re* ; de même que le droit du gagiste n'est sanctionné qu'après la remise de la chose, les biens ne sont affectés au paiement du saisissant qu'après leur occupation. A cette minute seulement, l'assimilation avec le gage peut être complète (1). Cependant un texte de Marcien semble indiquer une notion un peu différente : il décide que le *pignus praetorium* est refusé à ceux qui possèdent les biens d'un *absens rei publicae causa*, parce qu'ils ne sont pas sûrs de rester en possession. En rentrant à Rome, l'absent peut payer ses dettes et libérer son patrimoine ; jusque-là, le droit de vendre est suspendu (2). Les créanciers nantis du *pignus praetorium* seraient donc ceux qui ont le droit de vendre, c'est-à-dire qui, après avoir obtenu du préteur l'ordre de posséder et de vendre, ont possédé ou affiché trente jours les biens saisis. Cette notion coïncide fort exactement avec la théorie du gage à l'époque de Marcien, où l'on reconnaît au gagiste le *jus distrahendi* (3). Mais elle ne doit pas remonter aussi haut que la théorie du *pignus praetorium* ; car cette théorie s'applique à la *missio legatorum servandorum causa*, qui est employée dans un simple but de con-

1. Ulp., 3 disp., D., XIII, 7, de pign. act., 26,1 : « Sciendum est ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. »

2. Marcien, l. sing. ad form. hyp., D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 35 : « eum autem qui rerum ejus, qui sine dolo malo rei publicae causa afuit, in possessionem missus sit, pignus non contrahere et ideo discedere oportere de possessione. »

3. Girard, Manuel⁴, p. 777 et 778.

trainte et qui ne donne pas le droit de vendre le patrimoine occupé (1). C'est une addition tardive, survenue après l'introduction de la *pignoris distractio* et qui poursuit heureusement le parallèle déjà établi entre la *missio* et le *pignus* (2).

D'ailleurs ces ressemblances étaient contrariées par quelques différences. Le gage prétorien intervenait dans une procédure collective ; il appartenait à l'ensemble des créanciers, alors que le gage contractuel n'est donné qu'à une seule personne (3). Le saisissant, qui a un certain pouvoir d'administration, est responsable des dommages causés par son dol à la chose ; le gagiste au contraire est

1. La plupart des textes parlant du *pignus prætorium* qu'on nous ont été conservés sont même relatifs à la *missio legatorum servandorum causa* : Ulp., 19 ad ed., D., X, 2, *fam. erc.*, 18,6 ; Ulp., 35 ad ed., D., XXVII, 9, *de reb. eorum*, 3,1 ; Ulp., 52 ad ed., D., XXXVI, 4, *ut in poss.*, 5,21 ; Pap., 10 resp., D., XLI, 4, *quo emptore*, 12 ; Jul., 44 dig., D., XLI, 5, *pro herede*, 2 pr. ; Marcien, 8 inst., D., XXX, de leg. I, 114,12 parle de la *missio fideicommissorum nomine* ; Pomponius, 7 ad Sab., D., XV, 1, *de pec.*, 12, parle de la *missio damni infecti nomine*. D'ailleurs Ulpien, 3 disp., D., XIII, 7, *de pign. act.*, 26, pr. nous dit que la théorie du *pignus prætorium* s'applique « *ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit.* » Stéphane donne (Sch. 1 ad Bas., XXV, 1,26) une énumération assez complète. Cf. Naber, *Observatiunculæ de jure romano*, LXXVIII, de *pignore prætorio*, Mnemosyne, 1897, p. 282 et 283.

2. L'assimilation du gage prétorien et du gage contractuel peut encore se faire à un point de vue : le *missus* ne peut pas plus que le gagiste jouir de la chose qui garantit sa créance (Hermogen., 4 juris ep., D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 11,4) ; cependant dans le *pignus prætorium* résultant de la *missio legatorum servandorum causa*, les fruits se compensent avec les intérêts (Ulp., 52 ad ed., D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 5,21).

3. Paul, 59 ad ed., D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 12.

tenu des détériorations résultant de sa simple faute, car il n'a que le droit de conserver la chose (1). Mais ce sont entre ces deux notions de menues divergences, qui ne pouvaient enrayer le développement de la théorie du gage prétorien.

La seule différence fondamentale se trouvait dans l'origine des deux gages : l'un résultait directement d'une convention, l'autre dérivait indirectement d'un ordre du prêteur (2). Mais cette différence elle-même tendait à s'atténuer : quand l'on admit des hypothèques légales, il parut moins extraordinaire qu'un gage puisse naître d'une décision de l'autorité (3). L'assimilation entre la *missio* et le gage à la fin de l'époque classique paraissait sur le point de devenir complète. Parfois encore, les jurisconsultes classiques hésitent (4) ; mais parfois aussi, entraînés par l'usage qui devient courant, ils parlent de *prae-*

1. Ulp., 62 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 5. — Cependant Hermoginien, regardant les choses de moins près, voit là une ressemblance (4 *juris ep.*, D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 11,1).

2. Ulp., 35 *ad ed.*, D., XXVII, 9, *de reb. eor.*, 3,1.

3. Jul., 11 *dig.*, D., XIII, 7, *de pign. act.*, 26, pr. — Ulp., 35 *ad ed.*, D., XXVII, 9, *de reb. eor.*, 3,1 et Marcien, *l. sing. ad form. hyp.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 35 emploient l'expression « *prætorium pignus contrahere* » au lieu de « *constituere* » qui se trouve cependant (Ulp., 3 *disp.*, D., XIII, 7, *de pign. act.*, 26, pr.).

4. On trouve assez fréquemment des formules dubitatives : *vice pignoris* (Ulp., 16 *ad ed.*, D., X, 2, *fam. erc.*, 18,6), *pro pignore* (Pomponius, 9 *ad Sab.*, D., XV, 1, *de pec.*, 23), *exemplum pignoris sequimur* (Ulp., 59 *ad ed.*, D., XXXVI, 4, *ut in poss. leg.*, 5,21). Cf. Bachofen, *Pfandrecht*, p. 426, 428 et 479 ; Dernburg, *Pfandrecht*, t. I, p. 407.

torium pignus sans atténuer la formule par quelque restriction (1).

1. Ulp., 3 *disp.*, D., XIII, 7, *de pign. act.*, 26; Ulp., 35 *ad ed.*, D., XXVII, 9, *de reb. eor.*, 3, 1; Pap., 10 *resp.*, D., XLI, 4, *pro emptore*, 12; Julien, 44 *dig.*, D., XLI, 5, *pro herede*, 2, pr.; Marcien, *l. sing. ad form. hyp.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 35; Marcien, 8 *inst.*, D., XXX, *de leg.* I, 114, 12.

DEUXIÈME PARTIE

LES EFFETS DE LA « MISSIO IN BONA REI SERVANDÆ CAUSA » DANS LA PROCÉDURE DE LA « DISTRACTIO BONORUM »

La *bonorum venditio* était une procédure peu commode. Ses formalités abondantes et les nombreuses nullités qui les sanctionnaient en rendaient l'usage fort difficile (1) ; très dure pour le saisi, qu'elle privait de tous ses biens, même quand le créancier poursuivant n'avait qu'un droit peu élevé, elle dut de bonne heure attirer les critiques. L'esprit de lucre en exagérait encore les défauts : les *bonorum emptores* étaient des spéculateurs qui achetaient le patrimoine pour un faible dividende et en revendaient ensuite les diverses parties à des prix plus élevés (2). Aussi

1. Just., Inst., III, 12, de succ. sublat., pr. : « ... qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta. » Théoph., eod loc : « Ἡ bonorum emptio ἥτοι τῶν πραγμάτων ἀγορασία, ἥτις ἐπὶ τοῖς πιπρασκομένοις πραγμασίῃ ἐγένετο τοῦ δεβίτωρος, διὰ πολλῶν κύκλων καὶ πολλῶν περιόδων γενομένη. »

2. La preuve ne nous en est pas donnée par les textes relatifs à la *venditio bonorum*, mais elle résulte, par analogie, de ce qu'ils nous rapportent sur la *sectio bonorum*. Voyez Gaius, Inst., IV, 146 ; Pseudo-Asconius, éd. Or., p. 172 et 173 ; Schol. Gronov., éd. Or., p. 403.

peu avantageuse pour les créanciers que rigoureuse pour le débiteur, la *bonorum venditio* devait disparaître.

On songea à la remplacer par une procédure d'exécution plus humaine et qui produirait un dividende plus élevé. Au lieu d'adjuger en bloc la totalité des biens, on en vendrait seulement autant qu'il serait nécessaire pour payer les dettes. Ce serait une *distractio bonorum*. Cette vente au détail serait faite par le curateur et non par un *magister*, élu des créanciers. Elle serait ainsi surveillée plus étroitement, le prêteur en confierait la direction à un personnage choisi par lui ; les retards et les hésitations seraient moindres. Car le curateur est nommé par le magistrat. On suit en tout les règles de la *missio in bona rei servandae causa*. On débute par une *missio* ; puis vient la prise de possession des créanciers, toujours investis de quelques pouvoirs d'administration. Enfin, on nomme le curateur, dont le ministère est ici obligatoire, puisqu'il doit vendre les biens. Mais ce curateur ne diffère en rien de celui de la *bonorum venditio* ; nommé en principe de la même manière, il n'a pas de pouvoirs plus vastes (1). C'est le même édit qui règle les actes qu'il peut faire valablement (2), car l'on ne peut guère imaginer de texte plus

1. Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, p. 157, a fort bien montré que le *curator bonis distrahendis* était le même que le *curator bonorum* de la *venditio*.

2. Cf. Lenel, *Ed. Perp.* ², p. 418 : « Dabei ist gar nicht oder mindestens nicht vorzugsweise an den zur Verhütung der *bonorum venditio* durch Senatuskonsult eingeführten *curator bonis distrahendis* zu denken. » Il est curieux à ce point de vue de rapprocher du texte de l'édit (Ulp., 65 *ad ed.*, D., XLII, 7, de *cur. b. d.*, 2, 1 : « Quæque per eum eosve qui ita creatus

général et plus large. Seulement, il se sert de ses pouvoirs d'une manière particulière. Au lieu de vendre seulement les objets qui ne peuvent être conservés, il vend tout ce qui se trouve dans le patrimoine. On n'a eu besoin de lui donner aucun pouvoir supplémentaire ; on lui a seulement indiqué une nouvelle méthode d'utiliser ses anciens pouvoirs.

La nouvelle procédure, si simple, eut un grand succès. Elle s'appliqua tout d'abord à quelques cas déterminés par un sénatus-consulte, mais s'étendit bientôt à de nouvelles hypothèses. A la fin du II^e siècle ou au début du IV^e, les magistrats qui jugeaient selon la procédure administrative l'adoptèrent et elle triompha avec eux au Bas-Empire. Ainsi la *distractio bonorum*, introduite dans l'*ordo*, passa dans la procédure extraordinaire et finit par exclure au Bas-Empire la *bonorum venditio*. Nous étudions successivement ses débuts dans la juridiction prétorienne et sa généralisation après la disparition des formules.

creative essent, acta facta gesta sunt, rata habebuntur ») un rescrit de Sévère et Caracalla à Calpurnius Flaccus rapporté par Ulp., 11 *ad ed.*, D., IV, 4, *de min.*, 22 : « *Quæ antea gesta erant per curatorem bonorum decreto prætoris ad distrahenda bona secundum juris formam constitutum, rata esse habenda Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt.* »

CHAPITRE PREMIER

La «*distractio bonorum*» dans la procédure ordinaire

La *distractio bonorum* a été créée par un sénatus-consulte du début de l'Empire. Sa date est inconnue ; les textes qui le citent (1) ne lui donnent pas de nom. Mais il est certainement antérieur à Nératius qui le mentionne et même, selon Paul, Trebatius, Ofilius et Labéon parleraient dans leurs ouvrages de la procédure nouvelle (2). Comme, avant le sénatus-consulte, elle était probablement inconnue, il faudrait en reporter la date au règne d'Auguste et plutôt au début du règne. Cette date est d'ailleurs fort vraisemblable ; car cette époque s'est certainement préoccupée de la question des dettes : les guerres civiles avaient ruiné bien des gens et un adoucissement des voies d'exécution rentrait tout à fait dans la politique d'apaisement suivie par Auguste ; on procéda à des réformes : la loi Julia *de bonorum cessione* offrit aux faillis malheureux un moyen d'éviter un sort trop rigoureux (3) ; le sénatus-consulte sur

1. Gaius, 9 *ad ed. prov.*, D., XXVII, 10, *de cur. fur.*, 5 ; Nératius, 1, *membr.*, D., *eod.*, 9 ; Papirius Justus, 1 *de const.*, D., XLII, 7, *de cur. b. d.*, 4.

2. Paul, 32 *ad ed.*, D., XVII, 1, *mandati*, 22, 10.

3. On discute la question de savoir si cette loi est de César ou d'Auguste. Voyez Wlassak, in Pauly-Wissowa, v° *Cessio bonorum* ; Girard, *Manuel* ⁴, p. 1038, n. 4.

la *distractio bonorum* créa une procédure plus humaine.

Les préoccupations particulières à Auguste se trahissent d'ailleurs par un autre endroit ; la *distractio bonorum* s'appliqua d'abord aux sénateurs (1) :

Curator ex senatusconsulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris ejus, in ea causa sit, ut ejus bona venire debeant : nam ut honestius ex bonis ejus quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a prætore vel in provincia a præside.

Le sénatus-consulte se propose de rendre plus honorable la faillite des *claræ personæ* insolvables. Elle supprime en effet le second affichage qui précède les enchères et par là réduit la publicité de l'exécution et le déshonneur qui y est attaché. Mais elle présente un autre avantage beaucoup plus considérable : le *curator bonorum* peut être constitué immédiatement après l'envoi en possession ; on n'a pas besoin d'attendre que le délai de trente jours expire ; les créanciers peuvent tout de suite réaliser leur gage. Cette rapidité, très utile aux saisissants, améliorerait singulièrement la condition du saisi ; les biens vendus immédiatement ne restaient ni affichés, ni possédés pendant trente jours : l'infamie n'était pas encourue. Le sénateur n'était donc pas frappé de la *nota censoria* ; il conservait le droit de postuler en justice et de siéger à la curie (2).

1. Gaius, 9 ad ed. prov., D., XXVII, 10, de cur. fur., 5.

2. En ce sens Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, p. 157 ; Heffter, *System*, p. 639, n. 14 ; Degenkolb, *Beiträge*, p. 170 ; Rudorff, *R. Rg.*, t. II, p. 304. — En sens contraire : Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss*, p. 20, et n. 54 et 55, allègue que la *bonorum cessio* offrait aux débiteurs un moyen

C'est probablement ce but qu'Auguste se proposait d'atteindre ; sous son règne la classe sénatoriale appauvrie devenait moins nombreuse ; il fut obligé par des *lectiones* fréquentes d'y faire entrer de nouveaux éléments (1) ; la *distractio bonorum* lui fournissait un moyen d'arrêter cette diminution progressive de la classe dirigeante.

Mais il ne la borna pas à cette fonction ; car Nératius indique un second cas d'application prévu par le sénatus-consulte (2) :

Cujus bonis distrahendis curatores facere senatus permisit, ejus bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent: sicut enim integra re potestas ipsorum est utrum velint eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent.

Les créanciers ont ici le droit de choisir entre la *venditio* et la *distractio bonorum*. Ce cas est certainement distinct du précédent. Car, lorsque l^e *distractio* se propose

suffisant pour éviter l'infamie, quand ils le désiraient. Mais la *bonorum cessio* était facultative ; le sénatus-consulte, ayant en vue un intérêt public, ne permet même pas aux intéressés de renoncer au bénéfice qu'on leur donne.

1. Gardthausen, *Augustus und seine Zeit.*, 1891-1904, t. I, p. 916.

2. Nératius, 1 *membr.*, D., XXVII, 10, *de cur. fur.*, 9. — M. Girard (*Manuel* ⁴, p. 104) se demande si ce cas de *distractio bonorum* a été prévu par le même sénatus-consulte que le premier. Les textes ne donnent aucun renseignement formel et le doute est certainement possible. Mais nous inclinons à croire que le Sénat a prévu les deux cas dans la même délibération ; car Papirius Justus (D., XLIV, 7, *de cur. b. d.*, 4) qui parle d'un *curator ex senatusconsulto* aurait indiqué avec plus de précision de quel sénatus-consulte il s'agissait, s'il y en avait eu plusieurs. Voyez en ce sens : Zimmern, *G. des röm. R.*, III, p. 256, n. 4 ; Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, p. 157 ; Accarias, *Précis* ⁴, II, 678 ; Tambour, *Voies d'exécution*, t. I, p. 238.

d'éviter l'infamie aux *clarae personae*, elle est nécessairement obligatoire : le but qu'elle doit atteindre intéresse l'ordre public ; on ne peut laisser à des particuliers agissant au nom d'intérêts privés le droit d'empêcher qu'un résultat recherché dans un but politique soit réalisé. Le sénatus-consulte prévoyait donc deux hypothèses où la *distractio bonorum* était possible.

Mais la liste de cas qu'il déterminait n'était pas limitative, la procédure nouvelle pouvait être appliquée ailleurs ; du moins, en théorie, rien ne s'y opposait. Le sénatus-consulte n'avait créé aucun principe juridique nouveau ; il se bornait à utiliser selon une méthode ingénieuse les règles de l'édit. Aussi concevait-on que la *distractio bonorum* se fût étendue progressivement au détriment de la *venditio* jusqu'à exclure complètement cette dernière institution. A l'époque classique on rencontre déjà des cas d'application qu'il est impossible de rattacher à aucun document législatif. M. Solazzi a relevé consciencieusement ces textes (1) : ils sont en assez grand nombre. Un premier groupe vise l'exécution des biens d'un pupille (2) :

1. Solazzi, *Un caso di « distractio bonorum » nel diritto romano classico*, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, t. XVI, p. 89 ss. — Cf. Bethmann-Hollweg, *C. Pr.*, t. II, p. 690, n. 125 ; Zimmern, *R. Rg.*, t. III, p. 321.

2. Paul, 53 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 6, pr. — Cf. Scævola, *l. sing. quæst. pub. tract.*, D., XXXVI, 1, *ad Sc. Trebellianum*, 81. Ce texte se compose de deux parties entre lesquelles il y a évidemment une solution de continuité ; la première partie étudie l'hypothèse suivante : un impubère, héritier de son père, restitue à un fidéicommissaire une partie de son hérédité et use à l'égard de l'autre partie du bénéfice d'abstention ; mais le testament oblige le fidéicommissaire à accepter dans ce cas toute l'hérédité ou à la répudier toute. Et la seconde partie continue : « *Aut omnimodo bona*

Si non expedierit pupillo hereditatem patris retinere, prætor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restitatur.

Certains auteurs ont entrepris d'expliquer autrement ces textes. Selon eux, le *bonorum emptor* ne promettrait pas forcément un dividende, dans certains cas, il offrirait un prix global qu'il paierait au *magister* et ce prix pourrait être supérieur à la somme des dettes ; après le paiement des créanciers, l'excédent serait alors remis au débiteur (1).

vendenda sunt, ut id quod superfluum est pupillo servetur, et, si in solidum bona venire non possunt, omnimodo actiones fideicommissario denegandæ erant : erat enim in potestate illius universum suscipere et si quid plus erit, sibi (mss. pupillo. — Cf. Solazzi, op. cit., p. 102) servare. » M. Solazzi (op. cit., p. 100 à 102) défend l'authenticité de cette phrase ; le jurisconsulte expliquerait ce qui se produit quand le fidéicommissaire refuse l'hérédité. Cependant la solution de continuité est indéniable ; on pourrait l'expliquer par un découpage maladroit du texte (Voyez Krueger, 11^e éd. stér. du Digeste, ad h. l.) Mais il semble plutôt que la phrase contestée soit une glose (Voyez Krueger, loc. cit. ; Lenel, Pal., t. II, col. 284-190). De quelle époque est-elle ? On pourrait croire à certaines particularités de langues (*omnimodo* qui est « ein sehr beliebter Ausdruck in justinianeischen Constitutionen » ; voyez Eisele, Beitræge zur röm. Rechtsgeschichte, p. 240 ; Longo, Vocabolario delle const. lat. di Giust., Bull dell'Ist. di dir. rom., t. XI, h. v. ; Heumann-Seckel, Handlexikon, h. v., in fine, p. 390) que cette phrase date de Justinien ; cependant rien n'est moins certain ; il semble en tous cas que l'auteur de la glose ait connu et utilisé le texte de Paul cité ci-dessus. L'emploi du mot *superfluum*, rare chez Scævola, mais répandu à partir de Paul (Kalb, Rom's Juristen, Leipzig, 1890, p. 22) semble prouver que la glose est postérieure au début du IV^e siècle ; mais entre cette époque et celle de Justinien, rien ne nous permet de fixer une date plus précise.

1. Voyez Tambour, Des voies d'exécution, t. I, p. 218 ; Accarias, Précis ⁴, t. I, p. 1318 ; Cuq, Institutions jur., t. II, p. 767, n. 5.

Mais cette explication est fort peu vraisemblable ; nous avons montré plus haut que le rôle du *magister* se bornait à organiser les enchères ; le prix était toujours donné sous la forme d'un dividende que les créanciers réclamaient au débiteur par une action. En particulier, elle est ici certainement fausse, car les biens du pupille ne peuvent être soumis à la *bonorum venditio* avant sa puberté. Les créanciers étaient donc obligés d'attendre cette date, peut-être très éloignée, pour obtenir un dividende généralement peu avantageux. C'est pour obvier à cet inconvénient que l'on dut introduire, dans cette hypothèse, la *distractio bonorum*. L'édit était respecté : les biens du pupille n'étaient pas mis aux enchères. Mais les créanciers étaient satisfaits, ils recevaient le paiement de ce qui leur était dû.

Le principe, une fois posé pour le pupille, eut une tendance à s'étendre, à devenir plus général. On l'appliqua tout d'abord au fou dont la condition est voisine de celle du pupille (1) :

Hanc si non defendatur furiosus curatorem ei dandum aut bona ejus ut possideantur, nominatim permittendum est. Labeo autem scribit, si non inveniatur curator vel defensor furiosi, sed et si curator datus eum non defendat, tunc removendum eum et oportere prætorem dare curato-

1. Ulp., 59, ad ed., D., XLII, 4, quib. ex causis, 7, 10 et 11. Des discussions se sont élevées sur le point de savoir de quel curateur il s'agissait : il n'est pas douteux que le premier curateur nommé est un *curator furiosi* et le second un *curator bonorum*. — Cf. Solazzi, *op. cit.*, p. 96 et 97. — *Contra* : Dernburg, *Ueber die emptio bonorum*, p. 96, qui rapporte tout le texte au *curator furiosi*.

rem aliquem ex creditoribus ut non amplius quam necesse est, ex bonis furiosi veneat : eaque servanda Labeo ait, quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur. Plane si urgeat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus, ita autem vendenda, ut quod supersit furioso detur, quia hominis ejus status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret.

Un autre texte nous indique que la même procédure s'appliquait au mineur (1). Peut-être à la fin de l'époque classique s'étendait-elle déjà à toutes les personnes pourvues d'un curateur (2). Avec le temps, elle se généralisa encore davantage. Au Bas-Empire, la *bonorum distractio* a remplacé la *venditio bonorum*.

1. Ulp., 11, *ad ed.*, D., IV, 4, de min. XXV annis, 22 : « *In integrum vero restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum qui ad libertatem aditione ejus pervenerunt, a minore refundenda sunt. Quemadmodum per contrarium cum minor restituitur ad adeundam hereditatem, quae antea gesta erant per curatorem bonorum decreto praetoris ad distrahenda bona secundum juris formam constitutum, rata esse habenda Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt.* » On peut se demander quelle est cette *juris forma*. Karlowa (*R. Rg.*, t. II, p. 1198, n. 3) dit que « *juris forma* ist nicht auf eine Ediktsbestimmung zu beziehen, *juris forma* ist nicht identisch mit *jurisdictionis forma*. » En effet *juris forma* doit s'entendre ici d'une règle déterminée par la jurisprudence. Il est très possible que le prêteur ait autorisé la *distractio bonorum* dans ces hypothèses sur la proposition des jurisconsultes. Mais cette innovation n'a probablement jamais figuré dans l'édit, ainsi que le soutient M. Solazzi (*op. cit.*, p. 113 et 114) ; car les textes d'Ulpien (D., XLII, 4, 7, 11) et de Paul (D., XLII, 5, 6, pr.) lui attribuent une origine prétoérienne, mais non édictale.

2. Cf. Solazzi, *op. cit.*, p. 106. — Solazzi, p. 111, rapporte encore à la *distractio* Scævola, 26 *dig.*, D., XXXI, de leg., 81 et Paul, 59 *ad ed.*, D., XLII, 5, de reb. auct. jud., 14, pr. qui peuvent parfaitement s'entendre du *curator* de la *venditio*.

Mais les règles de la possession survivent : le créancier sollicite une *missio*, puis s'installe sur les biens de son débiteur, appose des affiches, administre et, lorsqu'il veut réaliser son gage, il va demander au prêteur de désigner un curateur, comme autrefois quand l'exercice d'une action devenait urgent. Cependant à côté des textes qui indiquent ce mode de nomination, il s'en trouve un certain nombre qui font allusion à un système différent(1); ils ont donné lieu à de nombreuses interprétations qui méritent une discussion approfondie.

Le plus important de ces textes est un fragment de Julien (2) :

Si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox exstiterit alius, qui se creditorem dicat : nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit, ita ut, quae a curatore et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarent.

Les créanciers décident donc, sans l'intervention d'un magistrat, dans une réunion privée, de vendre au détail les biens de leur débiteur en fuite et immédiatement, sans

1. Voyez les deux textes cités ci-dessous et en outre Gaius, 2 ad ed. æd. cur., D., XXI, 2, de evict., 57, pr. « *Habere licere rem videtur emptor et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi : tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.* »

2. Jul., 47 dig., D., XLII, 7, de cur. b. d., 5.

solliciter aucune autorisation, ils exécutent leur décision : il élisent l'un des leurs curateur des biens et la vente commence aussitôt. Le curateur est ainsi le mandataire des créanciers qui l'ont désigné et non plus le délégué du magistrat ; c'est en effet ce que dit Paul (1) :

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, nisi forte, adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentium gesserint : quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

Le curateur est responsable à l'égard des créanciers qui l'ont nommé par l'action de mandat ; quant à ceux qui n'étaient pas à l'assemblée où il a été nommé, ils peuvent se présenter avant la fin de la *distractio* ; ils auront alors le droit de surveiller le curateur, d'agir de concert avec lui. S'ils ne surgissent qu'après la fin de la réalisation, ils pourront seulement exercer l'action *negotiorum gestorum*, pourvu que les conditions spéciales à cette action se trouvent remplies, c'est-à-dire que le curateur ait su qu'il gérât l'affaire d'autrui et qu'il ait connu l'existence du créancier étranger à l'assemblée ; sinon on donne cepen-

1. Paul, 32 *ad ed.*, D., XVII, 1, *mandati*, 22, 10.

dant une *actio in factum* contre les créanciers qui ont nommé le curateur (1).

Dans le système que ces deux textes exposent, le curateur est en somme le délégué des créanciers ; or tous les autres renseignements qui nous sont parvenus nous montrent des curateurs élus par des magistrats. La contradiction est flagrante ; elle a fait supposer que nos textes sont altérés ; on a conjecturé une double interpolation : *curator* au lieu de *magister*, *vendere* au lieu de *distrahere* (2). La première de ces deux modifications est extrêmement improbable ; nous avons vu plus haut que les compilateurs avaient supprimé et non corrigé les textes relatifs au *magister*. La seconde, il est vrai, est possible ; car, dans

1. Muther (*Sequestration und Arrest*, t. p. 182) et Ubbelohde (*Arch. f. die civ. Praxis*, t. 61, p. 23) ont également cité deux autres textes : Pap., 28 quæst., D., XXXVI, 3, *ut leg. serv.*, 5, 1 : « *Sed si nec ipsi cavere possint, utiliter probatum est virum bonum ab utraque parte eligendum apud quem ut sequestrem fructus deponantur quique utiles actiones a prætore datas exerceat* », et Ulp., 40 ad ed., D., XXXVII, 6, *de coll. bon.*, 1, 10 : « *Si frater cavere non possit, curator portionis ejus constituitur, apud quem reflecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit.* » Muther et Ubbelohde rapprochent ces deux fragments et appellent curateur le séquestre élu de Papinien. Degenkolb (*op. cit.*, p. 175) a fort bien répondu que ce séquestre élu n'est pas un curateur, car le fragment d'Ulpien fait allusion à une nomination du curateur par le magistrat (*constituitur*). D'ailleurs il ne s'agirait pas de la *bonorum possessio*.

2. Cujas, l. IX quæst., éd. Naples, t. IV, p. 209 ; Rudorff, *Vormundschaft*, t. I, p. 161, n. 30 ; *Ed. Perp.*, § 217, n. 9 ; Heimbach, *Weiske's Rechtslexikon*, t. II, p. 333, n. 92 ; Accarias, *Précis* ⁴, t. II, p. 78, n. 2 ; Ubbelohde, *Arch. f. die civ. Praxis*, 61, p. 7 ; Lenel, *Ed. Perp.* ⁴, p. 342, n. 4. — Cf. en sens contraire : Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss*, p. 20, n. 57 ; Lenel, *Z. S. S.*, t. VIII, p. 202, n. 2 ; *Ed. Perp.* ², p. 418, n. 8 ; Degenkolb, *Beiträge*, p. 176 et 177 ; Arangio-Ruiz, *Mél. Fadda*, t. I, p. 315 et 316.

certaines textes, *distrahere* est certainement substitué à *vendere*. Cependant, si l'on admet les deux conjectures, les deux textes perdent tout sens plausible. La *bonorum venditio* se réalisant par des enchères, en un trait de temps, on conçoit mal qu'un créancier puisse surgir pendant la vente et s'y associer. D'ailleurs, nos textes supposent constamment que le curateur perçoit le prix des choses vendues ; le *magister*, au contraire, a uniquement pour mission de préparer, d'organiser la vente ; il n'a jamais à recevoir d'argent, jamais à distribuer de dividende. La *lex bonorum vendundorum* crée entre les créanciers et le *bonorum emptor* des rapports de droit nouveaux, dont le *magister* n'a pas à s'occuper. Nos textes ne peuvent donc traiter des relations des créanciers et du *magister*.

D'autres ont pensé qu'ils se rapportaient au curateur de la *bonorum venditio*. M. Arangio-Ruiz (1) a prétendu que Julien faisait allusion à la vente des choses « *quae mora deteriora futurae sunt* » ; à l'appui de son opinion, il remarque que cette vente de quelques biens est aussi appelée *distractio* (2). Quant à Paul, Ubbelohde soutient qu'il parle aussi des ventes faites d'urgence par le curateur dans la *bonorum venditio*, et comme on aurait pu lui objecter que le texte parle de la vente de tout le patrimoine (*bonorum venditio*), il répond que *bonorum* se rapporte non pas à *venditio*, mais à *curator* (3). Ainsi, selon

1. Arangio-Ruiz, *Mélanges Fadda*, t. I, p. 322.

2. Cf. p. 119, n. 2.

3. Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss*, p. 20, n. 57.

ces deux auteurs, on devrait admettre que nos textes sont étrangers à la *distractio bonorum*. Mais ce n'est que transporter la difficulté dans un autre domaine. Sans doute, il est vrai que les ventes urgentes sont des *distractiones* ; sans doute, il est possible que *bonorum* se rapporte à *curator*. Qu'importe ? Le curateur de la *bonorum venditio* n'est pas plus que celui de la *distractio* un délégué du créancier ; il est institué par décret du prêteur ; ce n'est pas de lui que parlent Julien et Paul.

La véritable explication a été proposée par Degenkolb (1) : les créanciers nomment un curateur pour vendre en détail les biens de leur débiteur ; ce curateur est leur mandataire. Or nul ne peut mander un pouvoir qu'il n'a pas. Ces créanciers ont donc le droit de *distrahere bona debitoris*. Il y a deux sortes de curateurs dans la *distractio bonorum* ; les uns, nommés par le magistrat, agissent en vertu d'une délégation de la puissance publique ; les autres, élus par les créanciers, sont leurs agents immédiats.

Mais dans quels cas les créanciers ont-ils le droit de procéder eux-mêmes à la *distractio bonorum* ? En règle, une autorisation est nécessaire, car Ulpien nous dit (2) : « *Qui judicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur.* » Une dérogation expresse d'un texte législatif a seule pu donner aux créan-

1. Degenkolb, *op. cit.*, p. 191. — Degenkolb, en dehors des textes cités plus haut, invoque aussi un prétendu principe de droit byzantin selon lequel les créanciers auraient le droit de vendre. Cet argument ne vaut pas grand' chose, car l'existence, d'ailleurs très improbable, de ce principe en droit byzantin ne prouve pas sa préexistence en droit classique.

2. Ulp., 66 *ad ed.*, D., XIII, 1, *de re judic.*, 6, 2.

ciers ce droit que les principes refusent avec tant d'énergie.

Cujas (1) a supposé que Julien a eu en vue un banquier ; mais le seul argument que l'on puisse apporter à l'appui de cette conjecture est que le droit commercial exige une procédure plus expéditive, des voies d'exécution plus simples et plus rapides. Rien ne prouve que cette exigence ait reçu une satisfaction quelconque ; on ne peut établir que nos textes aient fait allusion à des *argentarii*.

Ne serait-il pas plus simple d'admettre que la dérogation expresse a son origine dans le sénatus-consulte sur la *distractio bonorum* ? On n'en trouve aucune preuve irréfutable, mais on peut alléguer quelques raisons de vraisemblance. Le fait que Paul cite Trebatius, Ofilius et Labéon à l'appui de son opinion montre bien que ce cas de *distractio* est l'un des plus anciens et comme, selon toute apparence, on doit au sénatus-consulte l'introduction de la procédure nouvelle ; le droit de *distrahere* doit résulter de quelque clause de ce document législatif. Peut-être même n'est-il pas impossible de la découvrir. En accordant aux créanciers le droit de choisir entre la *venditio* et la *distractio*, le sénatus-consulte ne leur a-t-il pas donné la faculté de *distrahere*, comme ils avaient celle de vendre en bloc ?

C'est là une simple conjecture, mais assez probable (2). Ainsi à l'époque classique, les règles de l'édit continuent

1. Cujas, Comm. du l. IX des *quæst.* de Pap., t. IV, p. 209.

2. Cf. Bachofen, *Pfandrecht*, I, 299, qui rapporte le texte de Julien à la délibération par laquelle les créanciers choisissent entre la *venditio bonorum* et la *distractio bonorum*.

à s'appliquer en principe à la *distractio bonorum* ; mais quand ils trouvent un moyen d'accélérer la procédure en réduisant l'intervention prétorienne, les jurisconsultes n'hésitent pas à l'employer. Tout leur effort tend à rendre l'exécution sur les biens à la fois plus rapide et plus simple.

CHAPITRE II

La « *distractio bonorum* » et la procédure extraordinaire

Dès l'époque classique, les magistrats qui jugeaient selon la procédure administrative trouvèrent insuffisants les moyens de contrainte qu'ils tiraient de leurs pouvoirs de coercition; ils songèrent à se servir de la *missio in bona*. Ils pouvaient, sans commettre d'excès de pouvoir, ordonner un envoi en possession, car, investis de l'*imperium* et d'une sorte de *jurisdictio* (1), les mesures rentrant dans l'*imperium mixtum* leur étaient théoriquement accessibles. Aussi voyons-nous en 204 les empereurs Sévère et Caracalla rendre le rescrit suivant (2) :

Eum qui res agit heredum, a quibus tibi deberi fidei commissum dicis, evoca ad praetorem virum clarissimum, qui aut respondere tibi cogetur aut administratione negotiorum secundum formam jurisdictionis prohibebitur. Deliberabit autem praetor, si non defendat heredes, debeatne te mittere in possessionem, secutus jurisdictionem, quae exerceri adversus indefensos solet.

1. On l'appelle *cognitio*. Les jurisconsultes rapprochent volontiers ce pouvoir de la *jurisdictio*. Voyez Ulp., 1, de off. cons., D., L, 16, de V. S., 99, pr.

2. Impp. Severus et Antoninus AA. Pomponio, C., II, 12, de proc., 3.

Il s'agit certainement ici du préteur fidéicommissaire, car l'affaire dont il est question rentre dans sa compétence : un fidéicommissaire veut réclamer son fidéicommis au procurateur des héritiers institués. Le mode de citation employé, l'*evocatio*, est d'ailleurs spécial à la procédure extraordinaire (1). Le demandeur redoute le défaut de son adversaire. Régulièrement, on devrait suivre alors la procédure de la *contumacia*. Mais quelque obstacle sans doute s'y oppose ou bien Pomponius, à qui est adressé le rescrit, trouve plus avantageux de solliciter une *missio in bona* : les empereurs permettent au préteur de lui donner satisfaction après une *cognitio causae*.

Cet emploi de la *missio* était probablement assez nouveau à cette époque. Le fait que Pomponius sollicita un rescrit ne démontre pas sans doute que la *missio* n'ait pas été auparavant utilisée en procédure extraordinaire. Mais puisqu'on a demandé à l'empereur d'intervenir, c'est qu'il y avait dans l'affaire quelque difficulté, c'est probablement que l'usage de la *missio*, peut-être déjà introduit, n'était pas encore devenu tout à fait courant dans la pratique de la procédure administrative. Le juge extraordinaire n'avait pas encore pris l'habitude d'utiliser constamment dans sa juridiction les règles de l'édit ; il avait probablement quelque scrupule à préférer aux principes de sa procédure les moyens plus commodes qu'offrait la pratique du préteur urbain.

Cependant avec le temps cet usage se généralisa. Mal-

1. Hartmann, *Ordo judiciorum*, p. 499, n. 27, rapporte cependant ce mot à l'*in jus vocatio*.

heureusement, les textes ne permettent pas d'en suivre le développement ; mais, à la fin du III^e siècle, sous Dioclétien, quand l'*ordo judiciorum* a complètement disparu, nous rencontrons toujours des constitutions qui font allusion à la *missio in bona* et à l'application des règles de l'édit relatives à l'exécution sur les biens (1) : avec la procédure ordinaire, la *missio* ne s'est pas évanouie ; elle s'est infiltrée dans les juridictions extraordinaires ; les magistrats récents ont adopté les règles que le préteur urbain s'était imposées : l'ancienne exécution s'est adaptée au milieu nouveau.

Mais, en s'adaptant, elle s'est transformée. Justinien et Théophile nous apprennent que la *bonorum venditio* disparut avec l'*ordo judiciorum* et que la *distractio bonorum* lui succéda (2). On s'est demandé quel lien unissait si étroitement la procédure par formules et la vente en bloc des biens et, à cette question, l'on a répondu de diverses manières.

Ubbelohde (3) a soutenu que l'ancienne procédure était

1. Diocl. et Maxim., C., VII, 72, de *bonis auct. jud.*, 5 (293), 6 (probablement 293 ou 294), 8 (294), 9 (299).

2. Justinien, Inst., III, 12, de *succ. subl.*, pr. « *Erant ante prædictam successionem et aliæ per universitatem successiones, qualis fuerat bonorum venditio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt : sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt et tantummodo datur officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere.* » Voyez le texte de Théophile, *infra*, p. 159.

3. Ubbelohde, *op. cit.*, principalement p. 6 et 11.

liée à l'organisation des *conventus* et de la *sortitio judicum* et, à l'appui de son opinion, il invoque le texte tant de fois cité de Théophile (1) :

Ἡ bonorum emptio, ἥτοι τῶν πραγμάτων ἀγορασία, ἥτις ἐπὶ τοῖς πιπρασκομένοις πράγμασιν ἐγίνετο τοῦ ἀρίστως, διὰ πολλῶν κύκλων καὶ πολλῶν περιόδων γενομένη τότε χώραν ἔχουσα, ἡνίκα τὰ δικαστήρια ὀρδινάρια ἦν, τούτεστιν ἡνίκα ἐκινεῖτο ἐν μόνῳ τῷ καιρῷ τοῦ κομμένου.

Selon la théorie d'Hartmann que Ubbelohde a chaudement défendue, l'*ordo judiciorum* serait essentiellement un système de sessions judiciaires (*conventus*) et de tirage au sort des juges (2). Il serait déplacé de donner ici une réfutation de ce système; mais le texte de Théophile lui fournit un bel argument, que cependant nous ne croyons pas péremptoire. Certes les assises périodiques tenues par les magistrats provinciaux dans les différentes villes de leurs districts ne durèrent pas plus que la procédure formulaire et Théophile fait sans doute allusion à ce fait. Mais entre la disparition des *conventus* provinciaux et celle de la *bonorum venditio*, on ne peut guère établir qu'un rapport chronologique (3). Les modifications que subit l'exécution sur les biens eurent probablement d'autres causes.

Dernburg (4) estime que la décadence de la *bonorum ven-*

1. Théophile, III, 12, pr.

2. Hartmann, *Ordo judiciorum*; Ubbelohde, *op. cit.*, surtout p. 6 et 17. — Voyez en sens contraire: Pernice, *Festgabe für Beseler*, 1885, pp. 51 à 78; *Arch. giur.*, 1886, p. 36 à 86.

3. Voyez cependant Zimmern, *Gesch. des röm. Rechts*, t. III, p. 257 et Heffter, *System des röm. u. d. Civilprozesses* ², p. 639, qui déclarent incompréhensible l'allusion de Théophile au *conventus*.

4. *Ueber die emptio bonorum*, p. 158, s.

ditio découlait nécessairement de l'avènement de la *contumacia*. La *venditio bonorum* était avant tout à ses yeux une procédure par défaut (1) : au temps où le défaut *in jure* empêchait le jugement d'être rendu, il fallait par une contrainte énergique exercer une pression sur le défendeur pour l'inciter à comparaître. Mais quand l'antique distinction du *jus* et du *judicium* s'effaça, il devint possible de juger l'affaire en l'absence de l'une des parties, la *venditio bonorum* devenait inutile pour remplacer le défendeur absent par un *bonorum emptor* présent : elle disparut.

Quelque logique que paraisse cette déduction, elle ne nous semble pas cependant, exprimée sous une forme aussi absolue, entièrement satisfaisante. Sans doute, la *bonorum venditio* est, à raison de sa structure même, une procédure par défaut et elle a conservé ce caractère jusqu'à sa disparition. Sans doute aussi la procédure des trois édits, en se généralisant, a singulièrement réduit l'utilité de la vente en bloc. Mais cette raison ne suffit pas, selon nous, à expliquer la disparition de l'ancienne procédure. Car la *contumacia* n'a pas envahi tous les domaines et l'on trouve des cas, au Bas-Empire, où la *missio in bona* est employée comme mesure de contrainte contre un défendeur défaillant (2). Pourquoi dans ces hypothèses la *bonorum possessio* s'est-elle maintenue?

La raison s'en trouve dans les inconvénients pratiques

1. Eod. op., p. 15.

2. Ubbelohde, *Ueber die Verhältnisse*, p. 5.

de l'ancienne procédure, sa longueur, les spéculations qu'elle permettait.

Néanmoins, quand la *missio* est employée contre un *judicatus* (et ce cas tendait à devenir le plus fréquent par suite de la généralisation de la *contumacia*), la *bonorum venditio*, organisée par l'édit, n'avait plus aucune raison d'être. Déjà dans la procédure ordinaire, son champ d'application diminuait de jour en jour au moment même où les magistrats extraordinaires commencèrent à utiliser la *missio in bona*. Ils trouvaient à cette dernière procédure certains avantages, celui notamment de permettre une liquidation complète de toutes les affaires souvent compliquées du défendeur insolvable ou absent. Mais ils se gardèrent bien d'accepter en même temps que l'envoi en possession la *venditio bonorum* qui autrefois y était liée. Ils consentaient à appliquer certaines règles de l'édit ; mais rien ne les contraignait à les admettre toutes. Ils pouvaient choisir librement. Aussi rejetèrent-ils la vente en bloc pour lui substituer la *distractio bonorum*, la nouvelle procédure introduite par le sénatus-consulte d'Auguste. Et peu à peu, à mesure que la procédure extraordinaire étendait son champ d'application, envahissait toutes les branches du droit et finissait par exclure la procédure formulaire, la *distractio bonorum* grandissait, s'appliquait à de nouveaux cas et devenait la procédure courante d'exécution.

D'ailleurs, si son champ d'application s'était largement étendu, l'organisation de la *bonorum distractio* s'était peu modifiée. En passant de la procédure ordinaire à la procédure extraordinaire, la *missio in bona* cessa seulement d'être

donnée *ex edicto*. Le magistrat qui l'ordonnait ne pouvait se référer à l'édit, puisqu'il n'en avait pas rendu (1) ; il devait donc se livrer à un examen personnel des faits. Aussi les constitutions de Sévère et Caracalla et de Dioclétien mentionnent-elles une *causae cognitio* (2).

Peut-être d'autres innovations furent-elles introduites par les constitutions impériales ou par la pratique judiciaire. Mais nos documents ne nous en ont pas conservé le souvenir ; il faut pour trouver une réglementation nouvelle étudier les constitutions de Justinien et les interpolations du Digeste qui bouleversèrent l'ancienne procédure. Sans doute ces principes ont leur origine dans la pratique antérieure et certains d'entre eux apparaissent déjà dès la fin de l'époque classique, mais leur développement nous est totalement inconnu ; il y a entre leur point de départ dans les textes du début du III^e siècle et leur point d'arrivée au VI^e siècle une immense lacune que nulle conjecture ne peut combler.

Il faut d'ailleurs distinguer dans la réforme de Justinien trois points essentiels qui furent réglés chacun par une constitution.

La première de ces constitutions date de 529 (3) ; elle

1. On trouve cependant dans C., VII, 72, *de bonis auct. jud. poss.*, 9 : « *Ad exemplum edicti bonorum ejus possessionem poteris impetrare.* » Quoique la *bonorum possessio* ne fût pas accordée *ex edicto*, il est cependant probable que les magistrats l'accordaient seulement dans les cas où l'ancien édit perpétuel l'accordait.

2. C., VII, 72, *de bon. auct. jud.*, 9 et C., II, 12, *de proc.*, 3.

3. C., VIII, 21, *de præf. pig.*, 1 : « *Si prætorium pignus quicumque judices dandum alieni perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quæ debitori competunt præcipimus hoc eis licere decernere.* »

consacre une solution que les textes classiques nous ont déjà fait prévoir. Les créanciers ne saisissent pas seulement les biens corporels ; leur droit s'étend aussi aux créances : le gage prétorien pourra désormais porter sur les actions du débiteur. En conséquence les créanciers pourront exercer les actions du saisi. Cette réforme d'ailleurs pénètre dans le Digeste sous la forme d'une interpolation, que nous avons déjà signalée.

Une seconde réforme, en 530, accorde aux créanciers envoyés en possession l'action hypothécaire pour rentrer en possession du fonds saisi (1). Le droit classique en effet laissait dans cette hypothèse le *missus* sans protection. L'action *in factum* qui le protégeait en général n'étendait pas ici ses effets : elle lui permettait d'entrer en possession malgré la résistance dolosive ou violente du débiteur ; elle lui servait à repousser les attaques d'un intrus qui prétendrait à la possession : mais si, après l'occupation, le *missus* perdait la possession une fois acquise, sa situation était sans remède ; il était dépouillé à la fois de son gage et de l'espoir de vendre les biens saisis. Justinien trouva dans la théorie du *pignus praetorium* un moyen suffisant pour faire disparaître les inconvénients résultant de cet état de choses : le créancier avait sur le patrimoine occupé

1. C., VIII, 21, de *præt. pig.*, 2 ; nous en extrayons le paragraphe 1 qui est le plus important : « *Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiam si ab eo cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu, humanius esse perspeximus et in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu.* » Cf. sur ce point Bachofen, *Pfandrecht*, t. I, p. 464 à 467.

un droit de gage, un *pignus praetorium*, très voisin du gage conventionnel ou de l'hypothèque. En étendant l'action quasi-servienne au *missus*, on lui donnait un moyen toujours suffisant pour obtenir la possession des biens saisis.

Une troisième constitution, en 532, consacre un principe beaucoup plus important (1). Elle organise la vente des biens par la *distractio bonorum*, en introduisant des règles abondantes et précises à la mode byzantine. Une idée essentielle est à la base de cette réforme (2) : le principe de

1. C., VII, 72, de bonis auct. jud., 10.

2. Seuffert (Zur Geschichte und Dogmatik des Konkurses, p. 16), Kohler (Lehrbuch des Konkursrechts, 1891 p. 7) et Degenkolb (Beiträge, p. 190) soutiennent que les créanciers pouvaient vendre eux-mêmes le patrimoine saisi et ils citaient à l'appui de leur opinion C., VII, 72, de b. a. j. p., 10, 2 : « *Hi qui detinent possessiones vel ex sententia judicis res vendiderint vel alio quocumque legitimo modo omne jus, quod in iisdem rebus habere noscuntur, in alias personas post definitum tempus transtulerint* » ; Inst., III, 12, de succ. subl., pr. : « *creditoribus datur officio judicis... prout eis utile visum fuerit ea disponere* » ; Inst., II, 19, de her. qual. et diff., 1 : « *bona... a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur.* » Nous préférons avec M. Arangio-Ruiz (Mél. Fadda, t. I, p. 317) rejeter cette opinion. Car les deux premiers textes cités font justement allusion à une intervention du magistrat au moment de la vente. On ne peut tirer argument de ce que les textes disent que les créanciers vendent ; Dioclétien en effet, dans C., VII, 71, qui bonis cedere possunt, 4, pr. dit : « *... creditoribus... venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est* » alors qu'ailleurs (C., VII, 72, de b. a. j. p., 4, pr.) il explique que les créanciers « *tempore autem transacto etiam venditionem eorum a competenti iudice postulare non prohiberis* ». Le magistrat intervenait donc à deux reprises : au moment de l'envoi en possession et, au bout d'un certain délai, pour autoriser la vente, probablement en nommant le curateur. On remarquera que cette procédure explique pourquoi Théophile, projetant sur le passé les idées de son temps, exige l'autorisation du magistrat pour procéder à la *honorum venditio* de l'époque classique.

l'effet collectif, qui avait manifesté une tendance à disparaître, est de nouveau affirmé avec une vigueur nouvelle (1) et la réglementation détaillée que contient la constitution a précisément pour but de l'organiser. On admettait autrefois que le curateur élu par les créanciers qui pouvaient vendre était le mandataire des créanciers présents à l'assemblée, le gérant d'affaires des autres. Mais cela a paru insuffisant aux Byzantins : ils ont imaginé une procédure de distribution par contribution, plus juste, mais moins expéditive : le prix provenant des biens vendus reste consigné pendant deux ou quatre ans selon que les créanciers habitent la même province ou des provinces différentes et, au bout de ce temps, on répartit entre eux au marc le franc les sommes obtenues et les dépenses faites pour les réaliser (2). Ainsi chacun a le temps de produire et de justifier son titre ; la liquidation, plus lente, devient aussi plus équitable.

1. C., VII, 72, 10, pr. : « *Si non omnes hujusmodi debita prætendentes, non solum hi, sed ex his certi ab judiciali sententia in possessionem rerum mittantur, non solum hi, sed etiam alii omnes talia debita prætendentes eadem commoditate potiantur et possint cum prioribus rerum detentatoribus communionem habere in rebus, de quibus (sicût superius declaratur) prolata fuit sententia. Quid enim justius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes hujusmodi commoditatis ?* »

2. Eod., § 1. — L'excédent du prix des choses vendues est déposé en présence des *tabularii* et de celui qui a vendu dans le trésor de l'église de la cité pour payer les créanciers qui pourraient surgir, pourvu que leur titre fût reconnu bon et valable par le gouverneur de la province et les économes ou le trésorier de l'église (§ 2) ; en même temps celui qui a vendu doit jurer sur les saints évangiles, en présence des *tabularii* et du trésorier, qu'il a vendu au prix le plus élevé possible les choses saisies et qu'il n'est coupable ni de dol, ni de collusion avec l'acheteur.

A ces trois grandes réformes, le Digeste n'ajouta que peu de choses. Les créanciers acquirent le droit d'aliéner eux-mêmes les fruits des fonds saisis. C'est à peu près la seule modification que le Digeste a apportée au fond même du droit. Car, pour ce qui concerne la forme, les compilateurs ont cherché à rattacher leur exécution sur les biens au droit classique non seulement en greffant les théories récentes sur les textes anciens, mais aussi en introduisant de nouveau dans l'usage courant les expressions classiques. On observe par exemple une renaissance de l'ancienne formule « *bona distrahere* ». Autrefois les jurisconsultes opposaient volontiers la vente en bloc à la vente en détail (1); cependant la terminologie n'était pas absolument fixée et l'on peut citer des textes relatifs à la *distractio* qui emploient cependant le mot *vendere* (2). C'est cette pratique qui l'emporta dans les siècles suivants. Dioclétien parle de *vendere* (3) et les constitutions latines de Justinien n'emploient pas une seule fois le mot *distrahere* dans le sens de « vendre le patrimoine du débiteur, après l'avoir saisi » (4). Mais lorsque les Byzantins se mirent à étudier les textes classiques et qu'ils furent au courant de l'ancienne terminologie, ils

1. Neratius, 1 *membr.*, D., XXVII, 10, *de cur. fur.*, 9.

2. Ulp., 59 *ad ed.*, D., XLII, 4, *q. ex c.*, 7, 10 et 11; Paul, 32 *ad ed.*, D., XVII, 1, *mandati vel contra*, 22, 10; Paul, 58 *ad ed.*, D., XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 6, pr.

3. Diocl., C., VII, 71, *qui bonis cedere*, 4. pr.; Diocl., C., VII, 71, *de bonis auct. jud.*, 6, 1; Diocl., C., *eod. tit.*, 9.

4. Longo, *Vocab. delle const. giust.*, Bull. dell'Ist. di dir. rom., t. XI, v° *distrare*. — Les Institutes, III, 12, *de succ. suhl.*, pr. emploient le mot « *disponere* ».

songèrent à substituer dans toute leur compilation le mot *distrahere* au mot *vendere*, pour bien marquer la différence entre l'ancien droit et le nouveau. L'interpolation est démontrée par un paragraphe des Institutes (1), qui est emprunté à Gaius : le texte de Gaius parle de *vendere*, celui de Justinien de *distrahere*. Elle est également certaine pour un fragment de Paul (2) qui dans sa forme actuelle parle de *distrahere* à un *bonorum emptor*. Elle est probable, sans être évidente, dans un assez grand nombre de textes (3). Parfois la mention de la *distractio* a été introduite par les compilateurs sous la forme d'une glose (4).

1. Gaius, II, 154.

...Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus non fiat, potius hujus heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia quæ accidit ex venditione bonorum hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat...

Inst., II, 19, de her. qual., 1.

2. Unde qui facultates suas suspectas habet, solent servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur vel distrahantur vel inter eos dividantur...

2. Paul, 5 ad leg. Jul. et Pap., D., XLII, 5, de reb. auct. jud. poss., 29 : « Fufidius refert statuas in publico positas bonis distractis ejus, ejus in honorem positæ sunt, non esse emptoris bonorum ejus, sed aut publicas, si ornandi municipiî causa positæ sint, aut ejus ejus in honorem positæ sint : et nullo modo eas detrahi posse. »

3. Ulp., 10 ad ed., D., III, 5, de neg. gest., 3, 9 : « Si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare. » Cf. Ulp., 10 ad ed., D., eod. tit., 1 ; Javolenus' 13 ep., D., XIX, 5, de præscr. verb., 10 : « Heredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt. »

4. Ulp., 65 ad ed., D., XLII, 7, de cur. b. d., 2, pr. : « Vel præses provinciæ, si bona distrahenda in provincia sunt. »

Mais nulle part cette interpolation ne révèle autre chose que le goût de Tribonien pour l'archaïsme, pour tout ce qui rappelait aux jurisconsultes byzantins le souvenir des maîtres classiques.

Si l'on met à part cette modification de pure forme et dont l'importance est minime, l'œuvre de Justinien se résume en un effort pour adapter davantage encore la *missio in bona* à sa fonction de voie d'exécution sur les biens. Puisqu'elle est destinée à liquider le patrimoine et tout le patrimoine du débiteur, il était logique de faire porter la saisie sur les biens incorporels aussi bien que sur les biens corporels, de donner au créancier une situation stable, toujours assurée par une action, enfin de permettre à tous les créanciers de faire valoir leur droit. La réforme de Justinien paraît tout entière dominée par cette idée que la *distractio bonorum* est une procédure destinée à payer aux créanciers le dividende le plus élevé qu'il soit possible.

Ainsi la *missio in bona* qui fut d'abord un moyen de contrainte employé par le magistrat pour obtenir d'un particulier l'obéissance à ses ordres, devenue ensuite le préliminaire de la *venditio bonorum*, procédure de défaut qui tendit à devenir une procédure d'exécution, est enfin arrivée, sous la forme de la *distractio bonorum*, à être une procédure indépendante et destinée à réaliser les biens du débiteur saisi au profit de la masse des créanciers.

Vu : le Président de thèse,
GIRARD

Vu le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer,
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	5

PREMIÈRE PARTIE

Les effets de la « missio in bona rei servandæ causa » dans la procédure de la « bonorum venditio ».

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Caractères généraux de la <i>missio in bona</i>	11
CHAPITRE PREMIER. — La possession des biens.	40
<i>Section I.</i> — La prise de possession	40
§ 1. — Qui a le droit de posséder?	41
§ 2. — L'entrée en possession	57
§ 3. — La sanction du droit de posséder	73
<i>Section II.</i> — Effets de la possession	78
§ 1. — Effets immédiats de la prise de possession.	79
§ 2. — Effets de la possession prolongée pendant trente jours	83
CHAPITRE II. — L'administration des biens saisis.	96
<i>Section I.</i> — Les créanciers administrateurs des biens saisis	97
<i>Section II.</i> — Le <i>curator bonorum</i>	110
CHAPITRE III. — La théorie du <i>pignus prætorium</i> ,	131

DEUXIÈME PARTIE

**Les effets de la « missio in bona rei servandæ causa » dans
la procédure de la « distractio bonorum ».**

CHAPITRE PREMIER. — La <i>distractio bonorum</i> dans la procédure ordinaire	142
CHAPITRE II. — La <i>distractio bonorum</i> et la procédure extra- ordinaire	156

TABLE DES TEXTES CITES

A. — Textes littéraires.

APPIEN, <i>Iber.</i> , 99.	p. 31, n. 2.
ASCONIUS, <i>in or. in tog. cand.</i> , éd. Or., p. 84 . . .	p. 92, n. 2.
(PSEUDO), éd. Or., p. 172 et 173.	p. 139, n. 2.
CHARISIUS, II, 15.	p. 64, n. 2.
CICÉRON, <i>ad Atticum</i> , I, 1, 3.	p. 81, n. 2.
VI, 1, 15.	p. 5, n. 4.
<i>de officiis</i> , 2, 9	p. 91, n. 2.
<i>Pro Quinctio</i> , 2, 8	p. 93, n. 1.
6.	p. 37, n. 1.
6, 25.	p. 17, n. 4 ; p. 33, n. 1 ; p. 41, n. 2.
6, 26	p. 93, n. 1.
6, 27	p. 64, n. 2 ; p. 66, n. 1 et 3.
6, 28	p. 19, n. 3.
7, 28	p. 80, n. 2.
8, 30	p. 18, n. 1 ; p. 87, n. 1.
8, 31	p. 93, n. 1.
9, 32	p. 93, n. 1.
11, 37 à 15, 50.	p. 34, n. 1.
13, 44	p. 93, n. 1.
14, 46.	p. 93, n. 1.
15, 50.	p. 64, n. 2 ; p. 66, n. 2 ; p. 93, n. 1.
16, 51.	p. 93, n. 1.
19, 60 à 22, 73.	p. 34, n. 1.
19, 60.	p. 28, n. 3 et 8 ; p. 27, n. 2.
22, 71.	p. 93, n. 1.
23, 73.	p. 41, n. 4 ; p. 85, n. 1 ; p. 94, n. 1.
25, 79.	p. 17, n. 4 ; p. 20, n. 2.
25, 80.	p. 20, n. 2.
27, 84	p. 44, n. 3 ; p. 63.
	n. 1 ; p. 79, n. 1 ; p. 80, n. 1.

	29, 88.	p. 94, n. 1.
	31, 96.	p. 93, n. 1.
	<i>Venînes</i> , I, 45	p. 37, n. 1.
CICÉRON (QUINTUS),	<i>de pet. cons.</i> , 2, 8.	p. 92, n. 2.
DIACRE (PAUL), éd. Müller,	v ^o <i>Majorem</i> , p. 160	p. 21, n. 3.
FESTUS, v ^o <i>Majorem</i> , éd. Müller,	p. 161.	p. 21, n. 3.
LIVE (TITE-), II, 14.		p. 22, n. 3.
	II, 23	p. 22, n. 3.
	VIII, 28.	p. 22, n. 3.
	VIII, 28.	p. 70, n. 1.
PLINE LE JEUNE, <i>Epistolæ</i> ,	VIII, 18.	p. 92, n. 1.
PROBUS, V, 24		p. 33, n. 1.
	<i>Recueil d'Einsiedeln</i> , n ^o 66.	p. 28, n. 3.
	n ^o 74.	p. 18, n. 3.
SCHOLIASTA GRONOVIANUS, éd. Orelli,	p. 403.	p. 139, n. 2.
SÉNÈQUE, <i>de beneficiis</i> ,	IV, 11 à 13.	p. 64, n. 2 ; p. 66, n. 3.
	IV, 11	p. 75, n. 1 ; p. 85, n. 2.
TÉRENCE, <i>Eunuque</i> ,	v. 514	p. 91, n. 2.
TIBULLE, <i>Carmina</i> ,	II, 4, 53 et 54	p. 64, n. 2.

B. — Textes épigraphiques.

LOI AGRAIRE DE 111/643,	l. 56	p. 24, n. 1 ; p. 104, n. 2.
LOI RUBRIA, c. 22		p. 16, n. 2 ; p. 30, n. 2.
TABLE D'HÉRACLÉE, l. 115 à 117.		p. 92, n. 2.
	l. 117.	p. 65, n. 5 ; p. 67, n. 1.

C. — Textes juridiques.

BASILIQUES, IX, 3, 51		p. 76, n. 1.
	XXV, 1, 26 (Scholie 1).	p. 135, n. 1.
CODE, II, 11, <i>de causis ex quibus infamia</i> ,	11.	p. 92, n. 1.
	II, 12, <i>de proc. et def.</i> , 3	p. 157, n. 2 ; p. 162, n. 2.
	II, 16, <i>ut nemini liceat</i> .	p. 64, n. 1.
	III, 20, <i>ubi de her. agatur</i> .	p. 14, n. 5.
	V, 61, <i>de act. a tut. dato</i>	p. 126, n. 4.
	VI, 54, <i>ut in poss. leg. vel fideic.</i> , 3	p. 132, n. 1.
	VII, 62, <i>de appell.</i> , 10 pr.	p. 126, n. 4.

- VII, 71, *qui bonis cedere*, 4, pr p. 166, n. 3.
 6, 1 p. 166, n. 3.
 9. p. 166, n. 3.
 VII, 72, *de reb. auct. jud.*, 4, pr. p. 164, n. 2.
 5. p. 158, n. 1.
 6. p. 158, n. 1.
 8. p. 57, n. 2; p. 158, n. 1.
 9. p. 35, n. 1; p. 158, n. 1;
 p. 162, n. 1 et 2.
 10 p. 164, n. 1.
 10, pr p. 165, n. 1.
 10, 1 et 2. p. 165, n. 2.
 10, 2 p. 164, n. 2.
 VIII, 16, *quæ res pignori*, 6. p. 22, n. 3.
 VIII, 17, *qui potiores*, 2 p. 132, n. 1.
 4. p. 55, n. 2; p. 133, n. 1.
 VIII, 21, *de prætorio pignore*, 1 p. 162, n. 3.
 2 p. 163, n. 1.
 DIGESTE, I, 21, *de officio ejus cui mandata*, 4, 1. . . p. 16, n. 2.
 II, 1, *de jurisdictione*, 1. p. 15, n. 1.
 3. p. 16, n. 1.
 4. p. 16, n. 1.
 20 p. 19, n. 1.
 II, 4, *decis jus vocando*, 19 p. 8, n. 2.
 II, 12, *de feriis*, 2 p. 17, n. 1.
 II, 14, *de pactis*, 60 p. 5, n. 4.
 III, 3, *de procur.*, 55 p. 122, n. 2.
 73 p. 91, n. 2.
 III, 5, *de negotiis gestis*, 1 p. 167, n. 3.
 3, 9 p. 167, n. 3.
 8 p. 68, n. 1.
 IV, 4, *de minoribus*, 22. p. 140, n. 2; p. 148, n. 1.
 IV, 6, *ex quibus causis majores*, 23, 4 . . . p. 8, n. 2.
 VI, 1, *de Rei Vindicatione*, 9 p. 57, n. 2.
 VIII, 5, *si servitus vindicetur*, 18. p. 35, n. 1.
 X, 2, *familiæ eriscundæ*, 18, 6. p. 133, n. 3; p. 135, n. 1;
 p. 136, n. 4.
 X, 4, *ad exhibendum*, 5, 1 p. 57, n. 2.
 XII, 2, *de jurejurando*, 9, 5. p. 5, n. 4.
 XIII, 1, *de conduct. furtiva*, 6, 2 p. 153, n. 2.
 XIII, 7, *de pign. act.*, 26. p. 37, n. 1.
 26, pr. p. 136, n. 3; p. 135, n. 1.

- 26, 1. p. 134, n. 1.
 XIV, 3, *de inst. act.*, 11, 3 p. 64, n. 2,
 XV, 1, *de peculio*, 12. p. 135, n. 1.
 23. p. 136, n. 4; 131, n. 1; p. 133, n. 3.
 50, pr. . . . p. 8, n. 2; p. 54, n. 2.
 50, 7. p. 55, n. 1.
 50, 15 p. 54, n. 2.
 XVII, 1, *mandati*, 22, 10 p. 142, n. 2; p. 150, n. 1; p. 166, n. 2.
 XIX, 1, *de act. empti*, 2, 1 p. 41, n. 4.
 XIX, 5, *præscriptis verbis*, 10. p. 167, n. 3.
 XX, 4, *qui pot. in pign.*, 10. p. 56, n. 3.
 XXI, 2, *de evict. et duplæ stip.*, 57, pr. . . p. 149, n. 1.
 XXII, 1, *de usuris*, 36. p. 100, n. 3.
 37. p. 8, n. 2.
 44. p. 105, n. 4.
 XX, III, 3, *de jure dotium*, 72, pr. . . . p. 69, n. 3.
 XXVI, 7, *de admin. et per. tut.*, 2, pr. . . p. 124, n. 4.
 22. p. 124, n. 1.
 23. p. 124, n. 2 et 5; p. 126,
 n. 1.
 24. p. 126, n. 4.
 XXVI, 9, *quando ex facto*, 6 p. 126, n. 4.
 XXVI, 10, *de suspectis tut. et cur.*, 3, 3. . . p. 125, n. 3;
 p. 129, n. 3.
 7, 2 p. 113, n. 1; p. 119, n. 9.
 XXVII, 9, *de rebus eorum*, 3, 1. . . p. 135, n. 1; p. 136,
 n. 2 et 3; p. 137, n. 1.
 XXVII, 10, *de curatoribus fur.*, 5. . . p. 13, n. 2; p. 142,
 n. 1; p. 143, n. 1.
 9. . . p. 142, n. 1; p. 144, n. 2; p. 166, n. 1.
 11. p. 5, n. 1.
 XXVII, 5, *de her. inst.*, 23, 2. . . p. 41, n. 4; p. 113, n. 1;
 p. 119, n. 2.
 23, 3 p. 119, n. 1.
 23, 4 p. 37, n. 2.
 XXX, *de legatis*, I, 116, 12. . . p. 135, n. 1; p. 137, n. 1.
 XXXI, *de legatis*, II, 81. p. 148, n. 2.
 XXXVI, 1, *ad Senatusconsultum Trebellianum*, 31, 1.
 p. 69, n. 2.
 81. . . p. 145, n. 2.
 XXXVI, 3, *ut legatorum servandorum causa*, 5, 1 p. 151, n. 1.
 XXXVI, 4, *ut in possessionem*

- legatorum*, 5, pr. p. 80, n. 4.
 5, 2. p. 41, n. 4.
 5, 4. . . . p. 41, n. 4 ; p. 133, n. 1.
 5, 21 p. 135, n. 1 et 2 ; p. 136, n. 4.
 5, 27 p. 73, n. 3.
 10 p. 72, n. 3.
 11, 1 . . . p. 135, n. 2 ; p. 136, n. 1.
 13. p. 133, n. 3.
 XXXVII, 6, *de collatione honorum*, 1, 10. p. 151, n. 1.
 XXXVII, 9, *de ventre in possessionem*, 1, 22. p. 126, n. 2.
 5, 1 . . . p. 119, n. 1.
 1, 24. p. 64, n. 1.
 XXXVII, 10, *de carboniano edicto*, 5, 1 . . . p. 120, n. 1.
 5, 2. p. 113, n. 1 ; p. 119,
 n. 2.
 XXXVIII, 15, *quis ordo in possessionem*, 2, 1 p. 17, 2.
 XXXIX, 2, *de damno infecto*, 4. . . . p. 16, n. 2.
 7, pr. . . . p. 18, n. 3 ;
 p. 33, n. 1.
 15, 16 . . . p. 95, n. 1.
 15, 20 . . . p. 80, n. 1.
 15, 22 . . . p. 37, n. 2.
 XLI, 1, *de acquirendo rerum dominio*, 31, 1. p. 62, n. 2.
 XLI, 2, *de adq. vel amitt. possessione*, 3, pr. p. 68, n. 1.
 3, 13. p. 62, n. 2.
 3, 23. p. 14, n. 7 ;
 p. 57, n. 2 ; p. 59, n. 3 ; p. 63, n. 2.
 10, 1 . . . p. 57, n. 2.
 44, pr. . . . p. 62, n. 2.
 XLI, 4, *pro emptore*, 12 p. 37, n. 1 ;
 p. 132, n. 1 ; p. 135, n. 1 ; p. 132, n. 1.
 XLI, 5, *pro herede*, 2, pr. p. 37, n. 1 ;
 p. 131, n. 1 ; p. 135, n. 1.
 XLII, 1, *de re judicata*, 51, 1. p. 76, n. 1.
 XLII, 3, *de cessione honorum*, 14. . . . p. 120, n. 1.
 XLII, 4, *quibus ex causis*, 1 p. 57, n. 1.
 2, pr. p. 33, n. 1.
 2, 1 p. 33, n. 1.
 5, 2 p. 44, n. 3.
 6 p. 54, n. 2.
 6, pr. p. 46, n. 2.
 6, 2 p. 114, n. 1.

- 7 . p. 30, n. 3; p. 41, n. 4.
 7, 1. p. 28, n. 3; p. 33, n. 1.
 7, 7. p. 44, n. 2.
 7, 10 p. 37, n. 2; p. 166, n. 2.
 p. 147, n. 1; p. 115, n. 1.
 7, 11 p. 147, n. 1; p. 148, n. 1;
 p. 166, n. 2.
 7, 14 p. 46, n. 1; p. 54, n. 1.
 8. . p. 36, n. 1; p. 114, n. 1.
 9 p. 115, n. 1.
 12 . p. 63, n. 2; p. 57, n. 2.
 14 p. 54, n. 2.
 14, pr. p. 74, n. 4; p. 76, n. 1.
 14, 1 p. 76, n. 1; p. 77, n. 1.
 14, 2 p. 46, n. 1.
 XLII, 5, *de reb. auct. jud.*, 1 p. 14, n. 6.
 2 p. 14, n. 7.
 3 p. 14, n. 6.
 5 p. 136, n. 1.
 6, pr. p. 145, n. 2; p. 148, n. 1;
 p. 166, n. 2.
 8, pr. p. 79, n. 1.
 8, 1. p. 99, n. 2.
 8, §§ 1 à 4 . . . p. 97, n. 1.
 8, 4 p. 117, n. 1; p. 188, n. 2.
 9, pr. p. 101, n. 1; p. 109, n. 1;
 p. 102, n. 2.
 9, 3 p. 127, n. 1.
 9, 4 p. 102, n. 1.
 9, 5 p. 118, n. 3; p. 130, n. 1.
 9, 6 p. 97, n. 1; p. 99, n. 2.
 9, 8 p. 109, n. 3.
 11 p. 109, n. 3.
 12 p. 135, n. 3.
 12, pr. p. 34, n. 1; p. 41, n. 2.
 3 et 4; p. 83, n. 1.
 12, 1. p. 14, n. 2; p. 19, n. 2.
 13. . p. 67, n. 2; p. 84, n. 2.
 14, pr. p. 72, n. 1; p. 113, n. 2;
 p. 148, n. 2.
 15 p. 71, n. 1.
 15, pr. p. 41, n. 4.

- 29 p. 167, n. 2.
 31, 3 p. 33, n. 1.
 33. p. 81, n. 1.
 33, pr. p. 41, n. 4.
 33, 1 p. 90, n. 1.
 35 . . p. 37, n. 1 ; p. 133, n. 3 ;
 p. 134, n. 2 ; p. 136, n. 3.
 39 p. 81, n. 1.
 39, pr. p. 41, n. 4.
 XLII, 6, *de sep.*, 4, pr. p. 51, n. 2.
 XLII, 7, *de cur. b. d.*, 1, 1 p. 114, n. 1.
 1, 2 p. 119, n. 1.
 2 p. 110, n. 1.
 2, pr. p. 13, n. 2 , p. 114, n. 2 ;
 p. 167, n. 4.
 2, 1. p. 87, n. 1 ; p. 118, n. 1 ;
 p. 120, n. 2 ; p. 121, n. 1 ;
 p. 126, n. 3 ; p. 140, n. 2.
 2, 2. p. 125, n. 2.
 2, 3. p. 115, n. 1.
 2, 4. p. 115, n. 1.
 3 p. 111, n. 1.
 4. p. 142, n. 1.
 XLII, 8, *quæ in fraudem*, 5. . p. 8, n. 1 ; p. 149, n. 2.
 1, pr. . p. 81, n. 2 ; p. 127, n. 2.
 6, 7. . p. 45, n. 1 ; p. 81, n. 1. 2 ; p. 83, n. 1.
 8 p. 81, n. 2.
 9 p. 81, n. 2.
 10, pr. p. 82, n. 2.
 10, 1 p. 81, n. 2.
 10, 16 p. 8, n. 2.
 13. p. 41, n. 4.
 XLIII, 2, *quorum bonorum*, 2. p. 70, n. 2.
 XLIII, 4, *ne vis fiat*, 1, pr. . p. 18, n. 2 ; p. 74, n. 2.
 1, 2. p. 77, n. 1 et 2.
 1, 3. p. 77, n. 1 et 2.
 1, 5. . p. 74, n. 4 ; p. 75, n. 1 ;
 p. 76, n. 1.
 1, 8. p. 75, n. 3.
 2, pr. p. 74, n. 4.
 3, pr. et 1. p. 73, n. 3.
 3, 2. . p. 78, n. 2 ; p. 77, n. 1.

